image
not
available

Archiv für Rechtsfälle

aus der Praxis

der Rechts-Anwälte

des Königlichen Ober-Tribunals.

Herausgegeben

von den Ober-Tribunals-Rechts-Anwälten

und redigirt von

Theodor Striethorst,

Kammergerichts-Rath.

Fünfter Jahrgang. Zweiter Band.
(Des Ganzen: Achtzehnter Band.)

Berlin
Verlag von C. Grobe.
1856.

Digitized by Google

Eduard Haenel's Buchdruckerei in Berlin.

Digitized by Google

Vorwort.

Es haben wiederum einige Veränderungen in Betreff der Herausgeber dieser Zeitschrift stattgehabt. Der Herr Justizrath Martins II. ist in Folge der Niederlegung seiner Praxis als Rechtsanwalt aus der Zahl der Herausgeber ausgeschieden. Dagegen sind die Herren Ober-Tribunals-Rechtsanwälte Schmückert und Wagener II. als Mitherausgeber dem Unternehmen beigetreten.

Berlin, im Januar 1856.

Die Redaktion.

Digitized by Google

Erklärung.

In dem jetzt erscheinenden 31. Bande der Entscheidungen wird Seite 174. ff. ein Rechtsfall mitgetheilt, in welchem das Rechtsmittel der Revision für nicht devolvirt erachtet worden, weil der Bevollmächtigte, Justizrath M., es versäumt, die Einführungsschrift zu unterzeichnen.

Gegenwärtig bin ich der einzige der Rechtsanwälte des Ober-Tribunals, dessen Name jener Initiale entspricht; ich muß besorgen, daß die Mittheilung auf mich bezogen wird und habe deshalb die Herren Redaktoren der Entscheidungen ersucht, in ihre Sammlung eine mich schützende Erläuterung aufzunehmen.

Ungewiß, ob und wann dies geschehen wird und wesentlich dabei betheiligt, ein fremdes Versehen von mir abzulehnen, bin ich genöthigt, die Erklärung zu veröffentlichen, daß der erwähnte Fall mir völlig fremd ist.

Berlin, den 29. Dezember 1855.

Müller,
Justizrath.

Digitized by Google

Inhalts-Anzeige.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

No. 1. – I. Senat. Sitzung vom 14. Mai 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Herford.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Paderborn.

Erbrecht abgeschichteter Kinder nach der Minden-Ravensbergischen und Paderborner ehelichen Gütergemeinschaft, — Tottheilung; Anfechtung eines Schichtungsvertrages wegen Irrthums.

a. Nach dem Institut der Minden-Ravensbergischen und Paderborner Gütergemeinschaft erhält das von dem Schichtgeber besessene ehemals eigenbehörige, dem Heimfall noch unterworfen gewesene Kolonat dadurch, daß er es bei der Auseinandersetzung mit den Kindern erster Ehe mit zur Theilung gebracht und denselben die Hälfte des Werthes zugetheilt hat, die Natur eines in die neue gütergemeinschaftliche Ehe übergegangenen, dem Anerben resp. dem Erbrechte des abgeschichteten Sohnes nicht weiter unterworfenen Vermögens-Bestandtheils des Schichtgebers.*

Minden-Ravensbergische Eigenthums-Ordnung vom 26. November 1741, Kap. 9. §§ 1. 13. (Rabe, Samml. Bd. 1. Abth. 2. S. 154.); Gesetz No. 940. v. 21. April 1825 § 23. (Gesetz-Sammlung S. 115.); Kabinetsorder vom 24. November 1833. (Gesetz-Sammlung S. 292.)

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Band 14. Seite 176. und den Rechtsfall No. 5. Seite 14. dieses Bandes.

Digitized by Google

b. Ein solcher Schicht- und Theilungs-Vertrag kann auch nach dem Tode des Schichtgebers von dem zur dereinstigen Nachfolge in das Kolonat gesetzlich berechtigt gewesenen Anerben erster Ehe mit der Behauptung, daß die Kontrahenten das Anerbenrecht irrthümlich für gesetzlich aufgehoben erachtet hätten, nicht angefochten werden.

A. L. R. I. **16**. § 418.

Der im Jahre 1846 ohne Testament verstorbene Kolon Johann K. war Besitzer des in Oldinghausen in Westphalen gelegenen ehemals eigenbehörigen und daher heimfallspflichtigen Kiels-Kolonats. Nach dem Tode seiner ersten Ehefrau hatte er sich mit dem Vormunde seines mit derselben erzeugten Sohnes zu Folge obervormundschaftlich bestätigten, zum gerichtlichen Protokoll erklärten Schichtungsvertrages vom 12. März 1832 in der Art auseinandergesetzt, daß er das gesammte Vermögen einschließlich des Kolonats zum Schätzunpspreise übernahm und dem Sohne eine Abfindung in Geld zum Betrage von 731 Rthlrn. 20 Sgr. 6 Pf. aussetzte. Nachdem am 11. Mai 1850 auch seine zweite Ehefrau gestorben war, klagte der Sohn erster Ehe, Hermann K., gegen die fünf Kinder zweiter Ehe auf Herausgabe des Kolonats nebst den seit dem 11. Mai 1850 gezogenen Nutzungen, weil ihm gesetzlich das Anerbenrecht an dem Kolonat gebührt habe, und folglich für ihn die Schichtung unverbindlich sei. — Die Beklagten erachteten den Anspruch des Klägers durch die Schichtung für beseitigt und beantragten daher die Abweisung desselben. — Diesem Antrage gemäß erkannten die beiden Instanz-Richter.

Das Ober-Tribunal hat die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zwar für begründet erachtet, in der Sache selbst jedoch das Appellations-Urtheil dennoch aufrecht erhalten. In den

Digitized by Google

Gründen

ist zunächst ausgeführt, daß der Appellations-Richter die §§ **111. 112. I. 17.** des Allgem. Landrechts dadurch verletzt habe, daß er eine zu gerichtlichem Protokolle erklärte und vom vormundschaftlichen Gerichte Namens eines Minderjährigen bestätigte Auseinandersetzungs-Verhandlung für eine solche angesehen, die mit Zuziehung des Richters im Sinne der angeführten Gesetze angelegt worden und deshalb nur aus den gegen rechtskräftige Erkenntnisse zulässigen Nichtigkeitsgründen anfechtbar,* — daß daher die Nichtigkeitsbeschwerde für begründet zu erachten sei.

In der Sache selbst heißt es sodann:

Die Schichtung vom 12. März 1832 ist nach den Grundsätzen des ortsgültigen Minden-Ravensbergischen Provinzialrechts, und zwar nach den Vorschriften über Auseinandersetzungen freier bürgerlicher Güter bei bestandener Gütergemeinschaft angelegt: man theilte dem Sohne die Hälfte des Vermögenswerthes zu und überwies dem Vater die Substanz.

Eine solche Schichtung enthält nach dem angeführten Provinzialrecht eine Tottheilung, d. h. eine Abfindung für alle Ansprüche in Betreff des Gesammtgutes, sowie für die Erbrechte in Beziehung auf das zu einer ferneren Ehe und Gütergemeinschaft des Schichtgebers übergegangene Vermögen, den Verklagten als Kindern zweiter Ehe gegenüber, — Wigand, Provinzialrecht für Minden und Ravensberg Bd. 1. S. 83. ff.; Entscheidungen Bd. 28. S. 290.

Wenn nun nichtsdestoweniger Hermann K. Ansprüche an den Nachlaß seines nach Eingehung einer zweiten Ehe mit Hinterlassung von Kindern aus derselben verstorbenen Vaters erhebt, nämlich den ausschließlichen Besitz des Kolonats verlangt, so kann er diese Ansprüche nur dadurch verwirklichen, daß er diese Schichtung entweder als einflußlos auf seine Ansprüche, oder als für ihn rechtsunverbindlich und ungültig beseitigt.

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 3. S. 207., Bd. 12. S. 76.

Digitized by Google

Eine solche Beseitigung hat er versucht durch Berufung auf die Minden-Ravensbergische Eigenthums-Ordnung vom 26. November 1741, auf das Gesetz vom 21. April 1825 für die vormals Französischen Landestheile und die Allerhöchste Kabinets-Order vom 24. November 1833, betreffend die Deklaration der §§ 37. bezüglich 24. und 23. des Gesetzes vom 21. April 1825. Auf Grund dieser Gesetze und mit Rücksicht darauf, daß das Kiels-Kolonat bis zum Tode seines Vaters im Jahre 1846 heimfallspflichtig war, nimmt er ein gesetzliches Anerbenrecht zur Stätte in Anspruch und stellt die Behauptung auf, daß ihm dieses Recht durch die Schichtung nicht entzogen, daß dieselbe daher ihm nicht entgegenstehe, wenn er sein Anerbenrecht, wie geschehen, in Anspruch nehme. Diese Behauptung des Klägers ist jedoch nicht begründet. Die Minden-Ravensbergische Eigenthums-Ordnung bestimmt zwar Kap. 11. § 1.: daß bei einer eigenbehörigen Stätte nach dem Tode des Kolonen der jüngste Sohn oder, wenn kein Sohn vorhanden, die jüngste Tochter den Hof erben solle, und im § 13. desselben Kapitels: „daß Kinder erster Ehe jedesmal den Kindern einer folgenden vorgezogen werden sollen, wenn der Hof schon in erster Ehe gewonnen worden.“ Hiernach, in Verbindung mit den in Bezug genommenen Vorschriften des Gesetzes vom 21. April 1825 und der Deklaration vom 24. November 1833, welche im Jahre 1846 noch in Kraft war, würde Hermann K. als einziges Kind erster Ehe allerdings der gesetzliche Anerbe des heimfallspflichtigen Kiels-Kolonats zu Oldinghausen gewesen sein. Indessen hat er sein Anerbenrecht durch die Auseinandersetzung mit seinem Vater vom 12. März 1832 eingebüßt.

Nach dem Stande der neueren Gesetzgebung war das Anerbenrecht, und zwar bereits zur Zeit der Schichtung und des Todes der Mutter des Klägers im Jahre 1833, Nichts weiter als ein Sondererbrecht (Singular-Succession) in Betreff des heimfallspflichtigen Gutes, ohne jedes unterscheidende Merkmal von der gewöhnlichen gesetzlichen Erbfolge. Es trat, wie diese,

Digitized by Google

erst in Wirksamkeit, wenn von dem Erblasser und Kolonatsbesitzer weder unter Lebenden noch von Todeswegen über das Kolonat verfügt worden, und es war überdies noch abhängig von dem zufälligen Umstande, daß das Heimfallsrecht nicht abgelöst wurde. (Entscheidungen Bd. 6. S. 45., Bd. 8. S. 452. ff.) Wenn aber das Anerbenrecht kein stärkeres Recht war, als jedes andere Erbrecht, so unterlag es auch denselben Folgen einer Auseinandersetzung gegenüber, die, nach den Regeln über freie Bürgergüter angelegt, keine besondere Anerkennung desselben enthält und das Kolonat einem der Schichtenden zum Alleineigenthum überweist. Es ist hierdurch aufgehoben, wie jedes andere Erbrecht an seiner Stelle aufgehoben sein würde, und kann ohne den Willen des Gutsübernehmers keine Wirkung mehr äußern, die mit dem freien Eigenthumsrechte desselben sich nicht vertrüge.

Die Auseinandersetzung vom 12. März 1832 hat das Alleineigenthum des Kolonats dem Vater übertragen, indem es den Sohn durch Zutheilung der Hälfte des Werthes zufrieden stellte. Es ist eine bürgerliche Schichtung, die das gemeinschaftliche Vermögen, Nichts ausgenommen, umfaßte. Gerade dadurch, daß der Schichtgeber und Kolonatsbesitzer das Kolonat, wozu er als solcher nicht verpflichtet gewesen wäre, zur Theilung brachte, und daß dem Sohn nicht ein bloßer Brautschatz ausgesetzt, sondern ebenfalls die Hälfte des ganzen Kolonatswerthes zugetheilt wurde, erhielt das Kolonat die Natur eines, vermittelst der erfolgten Abschichtung in die neue gütergemeinschaftliche Ehe übergegangenen, dem Erbrechte des abgeschichteten Sohnes nicht weiter unterworfenen Vermögensbestandtheils des Schichtgebers. Wenn der Kläger aber meint, das Anerbenrecht sei ein, den unbeweglichen Gütern gleiches Recht, dessen Veräußerung der Genehmigung einer, dem Vormundschaftsgerichte vorgesetzten Instanz bedurft habe (§ 556. I. 18. des Allgem. Landrechts), so widerlegt sich

Digitized by Google

diese Ansicht ohne Weiteres durch die Erinnerung an die Natur desselben, als eines bloßen Hoffnungsrechts.

Was nun aber die ebenfalls behauptete Ungültigkeit der Schichtung selbst betrifft, so ist kein weiterer Aufhebungsgrund, als der wegen etwaigen Irrthums, in dieser Hinsicht aufzufinden, da außerdem formell und materiell die Schichtung keiner Ausstellung unterliegt.

Allerdings könnte auch die Schichtung, obwohl dieselbe nach § **111**. I. 17. des Allgem. Landrechts nach den Regeln über Vergleiche zu beurtheilen ist, nach den §§ 417. ff. I. 16. des Allgem. Landrechts wegen wesentlichen Irrthums angefochten werden. Allein von einem solchen Irrthum kann hier nicht die Rede sein. Die Schichtung vom 12. März 1832 fällt in eine Zeit, wo man darüber:

> ob durch das Gesetz vom 21. April 1825 bei den heimfallspflichtigen Gütern die alte früher aufgehobene Successions-Ordnung nicht blos bezüglich der Gutsherrschaft, sondern auch bezüglich der Erbinteressenten für wiederhergestellt zu erachten sei?

noch sehr in Zweifel war, welcher erst durch die Deklaration vom 24. November 1833 beseitigt wurde. Wenn in dieser Zeit der Vater sich entschloß, das Kolonat zur gütergemeinschaftlichen Schichtung zu bringen, und die Vormundschaft es für gerathen fand, an Stelle des zweifelhaften Anerbenrechts, das auch an und für sich nur in einer bloßen Hoffnung auf eine künftige Nachfolge bestand, dem jetzigen Kläger die Hälfte des Taxwerthes des ganzen Kolonats zu versichern, so läßt sich gerade wegen des damaligen zweifelhaften Rechtszustandes nicht einmal mit Sicherheit annehmen, daß die Kontrahenten die alte Successions-Ordnung für aufgehoben gehalten und lediglich aus diesem Grunde, also durch diese später als irrig festgestellte Rechtsansicht allein, zu dem Vertrage bewogen worden seien.

Auf jeden Fall würde aber ihr Irrthum immer nur als ein Irrthum über die Beschaffenheit des Rechtes selbst, über

Digitized by Google

welches die als Vergleich zu beurtheilende Schichtung sich verhielt, zu betrachten und daher nach § 418. I. 16. des Allgem. Landrechts nicht geeignet sein, die Anfechtung der Schichtung zu begründen.

Hiernach erscheint auch unter der besonderen Voraussetzung des Irrthums der Akt vom 12. März 1832 nicht angreifbar.

No. 2. — IV. Senat. Sitzung v. 15. Mai 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Inowraklaw.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Bromberg.

Uebergabe der durch einen der Form nach ungültigen Vertrag verkauften Sache.

Die §§ 128-130. I. 11. des Allg. Landrechts setzen einen rechtsgültig abgeschlossenen Kauf-Vertrag voraus. Daher wird bei einem blos mündlich abgeschlossenen Vertrage, welcher aber nach seinem Gegenstande die schriftliche Form erforderte, dadurch, daß die verkaufte Sache dem Fuhrmann oder Schiffer überliefert worden, die Uebergabe nicht bewirkt, und es geht eben deshalb Eigenthum und Gefahr dadurch nicht auf den Käufer über. Es ist mithin in einem solchen Falle nicht zu behaupten, daß der Käufer die Erfüllung des mündlich abgeschlossenen Vertrages angenommen habe.*

A. L. R. I. **11.** § 128-130.

Der Kaufmann F. in Mannheim behauptete, daß der Ober-Amtmann S. zu Gnieckowo bei seinem Reisenden im Jahr 1851

* Vergl. Präjudiz No. 1064. vom 6. November 1841, Präj.-Sammlung Seite 50.

Digitized by Google

verschiedene Sorten Wein zum Gesammtpreise von 79 Rthlrn. 15 Sgr. bestellt habe, daß die Absendung dieser Weine für denselben nach Thorn erfolgt, dort dieselben angekommen, und S. hiervon in Kenntniß gesetzt sei. Er glaubte, hierdurch und mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 128–130. I. 11. des Allgem. Landrechts, welche lauten:

§ 128. Unter Abwesenden ist die Uebergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt, oder auf die Post gegeben, oder dem Fuhrmanne oder Schiffer überliefert worden.

§ 129. Doch muß die Uebermachung entweder nach der Anweisung des Käufers geschehen, oder von diesem die Art derselben dem Gutbefinden des Verkäufers ausdrücklich oder stillschweigend überlassen worden sein.

§ 130. Auch wird, wenn durch eine solche Uebergabe Eigenthum und Gefahr auf den Käufer übergehen soll, vorausgesetzt, daß der Kauf selbst unter den abwesenden Parteien völlig abgeschlossen worden.

den Kaufvertrag erfüllt zu haben und verlangte daher Zahlung des Kaufpreises. — Der Verklagte bestritt den Klageantrag. — Der Richter erster Instanz nahm nach erhobenem Beweise und mit Rücksicht auf das später erfolgte Zugeständniß des Verklagten, daß er einige Proben Wein bei dem Reisenden des Klägers bestellt habe, an, daß durch die Absendung und durch das Ankommen der Weine in Thorn die Uebergabe derselben für vollzogen anzunehmen sei, legte mit Rücksicht auf das Zeugniß des Reisenden T. dem Kläger über die Bestellung der Weine den Erfüllungseid auf und machte von der Ableistung oder Nichtableistung dieses Eides die Verurtheilung des Verklagten oder die Abweisung des Klägers abhängig. Der Richter zweiter Instanz wies den Kläger ab, weil der § 130. a. a. O. einen der Form nach rechtsgültigen Vertrag voraussetze, dieser aber hier nicht vorliege.

Digitized by Google

Auf die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal

für Recht erkannt:

daß,

da bei dem bereits in andern ähnlichen Fällen, namentlich in dem Präjudiz No. 1064. (Präj.-Samml. S. 50.), anerkannten Grundsatze der § 128. I. 11. des Allg. Landrechts, betreffend die Uebergabe bei Kaufverträgen, einen rechtsgültig abgeschlossenen Vertrag voraussetzt, und dasselbe Prinzip von dem § 130. a. a. O. gilt; mithin der dem Appellations-Richter allein gemachte Vorwurf: dieser Vorschrift mit Unrecht auch eine Beziehung auf die Form des Vertrages gegeben zu haben, nicht gerechtfertigt erscheint; die Entscheidung aber sonst unangefochten geblieben ist, — aus diesen Gründen

die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen.

No. 3. — I. Senat. Sitzung vom 21. Mai 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Osterode.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Königsberg.

Klage auf Entschädigung aus einem verübten Verbrechen.

Der Civilrichter hat in Betreff der geltend gemachten Forderung aus einem verübten Verbrechen das Klage-Fundament selbstständig zu prüfen und festzustellen, ohne erst die Entscheidung des Kriminal-Richters abwarten zu dürfen und ohne an dieselbe gebunden zu sein.*

A. G. O. Einl. § 1.; Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 § 6.

---

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Band 10. Seite 290., Band 13. Seite 51., Band 16. Seite 261.

Digitized by Google

Die unverehelichte Franziska v. G. behauptete, von dem Gutsbesitzer S. unter dem Versprechen der Ehe und unter verübter Nothzucht geschwängert worden zu sein und klagte daher gegen denselben auf Entschädigung nach § 1115. II. 1. des Allg. Landrechts. — Die Richter erster und zweiter Instanz verstatteten den Verklagten rücksichtlich des Eheversprechens zum Reinigungs-Eide. Der zweite Richter erachtete das Fundament der Schwängerung unter Nothzucht mit dem Fundament der Schwängerung unter Eheversprechen für unvereinbar und war überdies der Ansicht, daß die Frage: ob eine Nothzucht im gesetzlichen Sinne verübt worden, nicht zur Kompetenz des Civilrichters gehöre, vielmehr vorher von dem Kriminalrichter zu entscheiden, und demnächst auf dessen Ausspruch die Entschädigungsklage zu gründen sei.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision der Klägerin unter Aufhebung des Appellations-Erkenntnisses die Sache zur anderweitigen Beweisaufnahme und Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen.

Gründe:

Der auf § 1115. II. 1. des Allgem. Landrechts gegründete Anspruch einer Geschwächten auf Entschädigung wegen ihrer in Folge der gegen sie verübten Nothzucht bewirkten Schwängerung ist eine Privatforderung; dem Civilrichter steht die Entscheidung über alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte, welche einen Gegenstand des Privat-Eigenthums ausmachen, zu, — § 1. der Einleitung zur Allgem. Gerichts-Ordnung. Zu diesen gehört ganz unzweifelhaft die Entschädigungs-Forderung aus einem verübten Verbrechen, und bei Geltendmachung derselben hat der Civilrichter das Fundament derselben zu untersuchen und festzustellen, ohne erst die Entscheidung des Kriminalrichters, welche überdies ihn gar nicht bindet, abzuwarten. Deshalb verordnet auch der § 6. des Strafgesetzes vom 14. April 1851: „das Recht des Beschä-

Digitized by Google

digten auf Schadensersatz ist von der Bestrafung unabhängig.“ Aus dieser Bestimmung ergiebt sich, daß die Kriminalsache für die Civilsache nicht präjudizirlich ist, mag der Angeklagte für schuldig erkannt, oder selbst freigesprochen werden.

Beide Vorderrichter haben der eidlichen Aussage der Wittwe S., welche zu Gunsten der Klägerin bekundet hat, fast alle Glaubwürdigkeit abgesprochen; die Klägerin hat aber bereits in ihrer Appellations-Rechtfertigung noch einen neuen Beweis angetreten; sie hat

1. über alle die Thatsachen, worüber die Wittwe S. in der Klage als Zeugin vorgeschlagen, noch den Wirth B. mit dem Bemerken zum Zeugen benannt, daß dieser der Wittwe S. in jener Nacht nachgegangen, und ebenfalls durch die Fensterlade die gewaltthätigen Handlungen des Verklagten wahrgenommen;
2. sich auf das Zeugniß des Schulzen S. und dessen Ehefrau Antonie berufen, daß der Verklagte die gewaltthätige Vollziehung des Beischlafs mit ihr eingestanden habe,

und sie hofft auf Grund dieser Zeugen-Aussagen zum Erfüllungs-Eide verstattet zu werden.

Diese Beweisführung konnte der Klägerin nicht versagt werden.

No. 4. – IV. Senat. Sitzung v. 22. Mai 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Breslau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes mit Rücksicht auf die Fütterungskosten des streitigen Thieres. — Erklärungen der Parteien hinsichtlich der Zulassung eines Rechtsmittels.

a. Die Fütterungskosten des streitigen Thieres, welche während des Prozesses über die wegen Gewährsmängel

Digitized by Google

desselben verlangte Aufhebung des Kaufvertrages aufgewendet worden sind, bleiben als Prozeßschäden auch für die Appellations-Instanz bei Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes außer Betracht.

Verordnung No. 2370. v. 21. Juli 1843 § 1. (Ges.-Samml. S. 297.); A. G. O. I. **23**. § 59.

b. Die Zulässigkeit der prozessualischen Rechtsmittel ist ohne Rücksicht auf die etwaigen Erklärungen der Parteien über deren Gestattung lediglich nach den positiven Gesetzes-Vorschriften zu beurtheilen.

Deklaration v. 6. April 1839 Art. 3. No. 2. (Gesetz-Samml. S. 126.)

Der Handelsmann P. behauptete, daß das ihm von dem Viehhändler H. verkaufte Pferd an Gewährsmängeln leide, und verlangte daher mittelst der am 8. Februar 1853 eingereichten Klage Erstattung des gezahlten Kaufpreises von 18 Rthlrn. 2 Sgr. 6 Pf., der Kosten der thierärztlichen Untersuchung und Bescheinigung von 1 Rthlr. 25 Sgr. und der Verpflegungskosten des Pferdes seit dem 6. Januar 1853 bis zur Rücknahme desselben im Betrage von 10 Sgr. täglich, welche bis zur Anstellung der Klage 10 Rthlr. 20 Sgr. betrugen. — Der Verklagte widersprach dieser Klage. — Der erste Richter wies den Kläger ab. Der zweite Richter verstattete auf die Appellation des Klägers denselben zu einem Eide und verurtheilte im Schwörungsfalle den Verklagten nach dem Klage-Antrage.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil vernichtet, in der Hauptsache aber das Rechtsmittel der Appellation für nicht devolvirt erklärt.

Gründe:

Daß zu den Schäden, welche nach § 1. der Verordnung vom 21. Juli 1843 von der Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes ausgeschlossen sind, die Fütterungskosten

Digitized by Google

des Pferdes gehören, welche während des Prozesses über die Aufhebung des Kaufvertrages um dasselbe wegen Gewährsmängel entstanden sind, dies ist in unveränderter Geltung von dem höchsten Gerichtshofe angenommen worden; denn die Unkosten entsprechen vollkommen dem Begriffe von Prozeßschäden, wie er im § 59. I. 23. der Allgem. Gerichts-Ordnung aufgestellt ist.

Die Pflicht zur Unterhaltung eines Thieres, über dessen Eigenthum gestritten wird, liegt dem Inhaber desselben vermöge der allgemeinen Nothwendigkeit ob, die für die Erhaltung unerläßlichen Mittel anzuwenden, da ihn sonst die Verantwortlichkeit für den Untergang des Streitgegenstandes treffen würde. Die Pflicht zur Erstattung der Fütterungskosten ist nicht selbst Gegenstand des Prozesses, sie ist nur eine Folge der über diesen ergehenden Entscheidung; die während des Prozesses entstandenen Kosten müssen also nach der deutlichen Bestimmung der Eingangs angeführten Verordnung außer Berücksichtigung bleiben, und kann es sich vielmehr im vorliegenden Falle nur fragen, ob der Umstand, daß der jetzige Implorant in zweiter Instanz der Zulassung des Rechtsmittels der Appellation nicht widersprochen hat, seiner gegenwärtigen auf Artikel 3. No. 2. der Deklaration vom 6. April 1839 gestützten Nichtigkeitsbeschwerde hindernd entgegentrete?

Diese Frage ist jedoch zu verneinen. Denn die Zulässigkeit der prozessualischen Rechtsmittel beruhet auf positiven Gesetzes-Vorschriften, deren Wahrung Pflicht des erkennenden Richters ist; derselbe darf, ohne eine Nichtigkeit zu begehen, ein unzulässiges Rechtsmittel nicht zulassen, so wenig wie er entgegengesetzten Falles ein zulässiges Rechtsmittel versagen darf. Auf die Erklärungen der Parteien, ob sie das Rechtsmittel zulassen wollen oder nicht, kommt es so wenig an, als auf ihr Stillschweigen darüber, — der Spruchrichter hat amtlich darüber zu wachen, daß nur die vom Gesetz vorgeschriebenen Rechtsmittel zugelassen werden.

Digitized by Google

No. 5. — IV. Senat. Sitzung vom 24. Mai 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Halle im Ravensbergischen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Paderborn.

Verhaftung der abgeschichteten Kinder für die von dem Schichtgeber übernommenen Schulden, nach der Minden-Ravensbergischen Gütergemeinschaft.

Nach dem Systeme der Minden-Ravensbergischen Gütergemeinschaft erhalten die abgeschichteten Kinder ihre Antheile nicht als Gläubiger, sondern als Erben, und sind dieselben daher für die von dem Schichtgeber übernommenen Schulden der bestandenen Ehe nach Verhältniß ihrer empfangenen Antheile, oder, wenn die Schichtung nicht in Zeiten den Gläubigern bekannt gemacht ist, mit diesen ganzen Antheilen den Gläubigern verhaftet.*

A. L. R. I. 17. §§ 131-176.

Der Kolon F. zu Issingsdorf in der ehemaligen Grafschaft Ravensberg hatte nach dem Tode seiner ersten Ehefrau mit dem Kurator seiner mit derselben erzeugten fünf Kinder den Schicht- und Theilungsvertrag vom 15. August 1850 errichtet, nach welchem er gegen Uebernahme der gesammten gemeinschaftlichen Vermögensmasse zum alleinigen Eigenthum die vorhandenen Schulden allein zu tilgen, und den Kindern näher bestimmte Abfindungen in Gelde zu gewähren sich verpflichtete. Nach dem Tode des Kolon F. nahm der Kaufmann K. jene fünf Geschwister F., vertreten durch ihren Kurator, auf Zahlung der ihm von ihrem Vater während seiner ersten Ehe schuldig gewordenen Summe zum Restbetrage von 380 Rthlrn. 8 Pf.

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 17. S. 122. und den Rechtsfall S. 1. dieses Bandes; Justiz-Ministerialblatt für 1844 S. 176.; Wigand, Provinzialrecht von Minden-Ravensberg Bd. 1. S. 75.

Digitized by Google

in Anspruch. — Die Richter erster und zweiter Instanz wiesen den Kläger ab.

Das Ober=Tribunal hat auf die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations=Urtheil **vernichtet** und unter Abänderung des Urtheils erster Instanz von der Ableistung oder Nichtableistung eines dem verklagten Kurator über seine Behauptung, daß vor Aufnahme der Schichtungs=Verhandlung vom 15. August 1850 der Vater der Verklagten den Kläger von der bevorstehenden Wiederverheirathung in Kenntniß gesetzt habe, auferlegten Eides die Verurtheilung der Verklagten zur Zahlung der Hälfte der streitigen Forderung oder zur Zahlung des ganzen Betrages derselben, jedoch in beiden Fällen nur nach den Kräften des ihnen ausgesetzten Abdikats, abhängig gemacht.

Gründe:

Der Appellations=Richter schließt die Haftbarkeit abgeschichteter Kinder erster Ehe für die Schulden dieser Ehe, welche der schichtende überlebende Ehegatte übernommen hat, im Systeme der Minden=Ravensbergischen Gütergemeinschaft unbedingt aus. Er tritt dadurch in Widerspruch mit den vom Ober=Tribunal vielfach, insbesondere in Sachen Petermeyer wider Volk (29. September 1838), Rutisch wider Rutisch (26. November 1838), Meyer nachher Beerhorn wider Nordwald (26. November 1841) ausgesprochenen, auch in dem gutachtlichen Berichte vom 20. März 1844 (Justiz=Ministerialblatt S. 176. ff.) dargelegten Grundsätzen, nach welchen solchen Kindern

> nach Verhältniß des empfangenen Antheils, oder, wenn die Schichtung nicht in Zeiten den Gläubigern bekannt gemacht ist, mit dem ganzen empfangenen Antheil den Gläubigern verhaftet sind.

Der zweite Richter stellt die Konsolidationstheorie nicht als Grundlage seiner entgegengesetzten Ansicht auf; es bedarf deshalb einer Widerlegung dieser Theorie hier nicht, in welcher Beziehung auch nur auf den gedachten Bericht und vielfache

Digitized by Google

Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes verwiesen werden konnte.

Muß aber hiernach von der Kondominialtheorie ausgegangen, muß also angenommen werden, daß durch den Tod des erstverstorbenen Ehegatten dessen Hälfte an dem gemeinschaftlichen Vermögen auf die Kinder erster Ehe übergeht, und daß das unstreitig fast unbeschränkte Dispositionsrecht des überlebenden Ehegatten, mit dem die Kinder die Gütergemeinschaft fortsetzen, nur als eine provinzialrechtliche Modifikation der Wirksamkeit des Erbrechts der Kinder anzusehen ist, so folgt daraus von selbst, daß die Schichtung eben einen der Fälle abgiebt, in welchem die Wirkung des Erbrechts ins Leben tritt, daß die Kinder die zugeschichtete Hälfte des reinen Vermögens eben als ihr Erbtheil erhalten. Dies wird noch klarer durch das in Minden, Ravensberg wie in Paderborn geltende Prinzip der Todtheilung (vergl. Entscheidungen Bd. 6. S. 225., Bd. 28. S. 290.)*, — kraft dessen die abgetheilten Kinder durch den Schichttheil vollständig, sogar auch von dem künftigen Nachlasse des Ueberlebenden, den Genossen der zweiten gütergemeinschaftlichen Ehe gegenüber abgefunden sind, der Schichttheil mithin unter dieser Eventualität den alleinigen Erbtheil der abgeschichten Kinder rücksichtlich des Vermögens ihrer beiden Eltern darstellt.

Unzulässig ist daher die Annahme des zweiten Richters, daß die abgeschichteten Kinder den ausgesetzten Schichttheil als Gläubiger erhalten, sie erhalten denselben vielmehr als Erben.

Nun ist es allerdings begründet, daß die Eigenthümlichkeit des Verhältnisses der fortgesetzten Gütergemeinschaft, welche dem Ueberlebenden die volle Disposition über das Ganze überläßt, davon abhalten muß, solche rechtliche Folgen des gemeinen Erbrechts, welche hiermit im Widerspruch stehen, gegen die Kinder zur Anwendung zu bringen, daß also z. B. die Nachtheile der

* Vergl. auch den Rechtsfall S. 1. dieses Bandes.

Digitized by Google

unterbliebenen Inventar-Einreichung die Kinder nicht treffen können, und daß überhaupt während der Dauer jenes Verhältnisses nicht die Kinder, sondern der Ueberlebende in Betreff der Passiva der Masse zu beanspruchen sind, wie denn unbedenklich der Ueberlebende den Gläubigern nach der Schichtung, wie vor derselben, verhaftet bleibt.

Allein eine derartige Eigenthümlichkeit tritt bei der hier vorliegenden Frage keinesweges hervor: es handelt sich von keiner Haftbarkeit der Kinder für die Schuld mit ihrer Person oder ihrem sonstigen Vermögen, sondern nur mit demjenigen, was sie als Erbtheil aus der gütergemeinschaftlichen Masse erhalten haben. Da den Gläubigern diese Masse haftete, so ist es in der Ordnung, daß sie sich an die Bestandtheile derselben halten können, welche, ohne daß die Befriedigung der Kreditoren erfolgt war, in die Hände der Kinder jener Erben gekommen sind. Daß der Ueberlebende diese Befriedigung der abgetheilten Kinder übernommen hat, daß diese nur erhalten haben, was nach Abrechnung der Schulden übrig blieb, ändert das Verhältniß den Gläubigern gegenüber nicht, denen das betreffende Vermögensstück in der That entgeht, wenn die Kinder mit demselben nicht haften.

Die Beschränkung des Rechts der Kinder auf eine von dem Ueberlebenden in Gelde zu gewährende Abfindung, gegen welche derselbe den ganzen Komplexus behält und in die zweite Ehe bringt, gestattet den Kindern allerdings nicht, gleich anderen Erben auf einen Verkauf des Aktiv-Vermögens zu dringen, damit aus demselben die Schulden vorab gedeckt werden. Sonstige Sicherungsmaaßregeln aber dafür, daß der Ueberlebende seiner Verbindlichkeit der Schuldenzahlung nachkomme, bleiben ihnen, respektive den vormundschaftlichen Gerichten, unbenommen. Die Schwierigkeiten derartiger Maaßregeln, die Nachtheile, welche sie für den Verkehr herbeiführen können, die Rücksicht auf die vermöge der Tottheilung ohnehin beeinträchtigte Lage der Kinder erster Ehe, sowie diejenige, daß die Gläubiger der ersten

Digitized by Google

Gütergemeinschaft, wenn ihnen das Abdikat nicht haftet, doch die Haftbarkeit des Gemeinguts der zweiten Ehe lukriren, machen die konstante Abneigung der Gerichte des Departements Paderborn gegen den vom Ober-Tribunal adoptirten Grundsatz wohl erklärlich, und würden es auch keineswegs als auffallend erscheinen lassen, wenn das Gegentheil desselben provinzialrechtliche Geltung im Systeme der Minden-Ravensbergischen Gütergemeinschaft erlangt hätte.

Allein so lange letzteres nicht nachgewiesen ist, liegt kein Grund vor, die Grundsätze über die Verhaftung der theilenden Erben den Gläubigern gegenüber — Allgem. Landrecht I. 17. §§ 131–146. — außer Anwendung zu lassen, wenigstens sofern von einer Haftbarkeit mit dem perzipirten Schichttheile die Rede ist.

Mit dieser Beschränkung wird auch in der Münsterischen Gütergemeinschaft, obwohl dort ebenfalls das unbeschränkte Dispositionsrecht des Ueberlebenden und die Tottheilung gilt, die Haftbarkeit der Kinder erster Ehe für die von dem Schichtenden übernommenen Schulden von den Praktikern anerkannt. (Vergl. Welter, Münsterische Gütergemeinschaft §§ 35. 36.)

Zum Beweise einer entgegengesetzten Norm in der Minden-Ravensbergischen Gütergemeinschaft würde eine Berufung auf die Praxis, insofern darunter nicht etwa blos das Verfahren der Gerichte seit 1815 die Rede ist, wohl statthaft sein. Allein wenn auch aus früherer Zeit eine der Meinung des Ober-Landes-Gerichts zu Paderborn entsprechende Doktrin mit Bezug auf ein Erkenntniß vom Jahre 1774 in Sachen Müller wider Pleischer'sche Tutel geltend gemacht wird, so hat doch die Regierung in Minden am 23. August 1780 in Sachen Gaden'sche Eheleute wider Schrader'sche Vorkinder dahin erkannt, daß die Kinder für die Schulden pro rata mit verbunden bleiben, und diese Ansicht hat auch Sragen in seinem nach Emanation des Allgem. Landrechts ausgearbeiteten Entwurfe des Provinzialrechts ausgesprochen. — Vergl. Wigand, Provinzialrecht von Minden-Ravensberg Band 1. Seite 75., und derselbe — § 67.

Digitized by Google

S. 74. a. a. O. — nimmt deshalb den Satz ebenfalls als geltendes Recht auf.

Unter diesen Umständen ist in der Minden-Ravensbergischen Gütergemeinschaft der Nachweis einer entgegenstehenden Bestimmung nicht für geführt zu erachten, so daß es bei der gesetzlichen Regel bewenden muß.

Daraus ergiebt sich die Erheblichkeit der Nichtigkeitsbeschwerde.

In der Sache selbst geht aber hieraus auch die Unstatthaftigkeit der gänzlichen Abweisung der Klage, welche der erste Richter aus denselben Gründen, wie der zweite, erkannt hat, hervor.

Dagegen konnte Kläger eine unbedingte Verurtheilung der Verklagten nicht verlangen, sie haften nur nach den Kräften des ihnen ausgesetzten Abdikats, und dahin war die Verurtheilung zu beschränken.

Zwar ist vom Kläger nicht widersprochen, daß das Abdikat auf dem zur Subhastation gekommenen Kolonate ganz ausgefallen ist; doch führen Verklagte selbst an, daß dasselbe noch auf anderen Immobilien haftet, und es ist Sache des Klägers, wie und inwiefern er aus diesen Vermögensstücken noch zu seiner Befriedigung gelangen kann: die Verurtheilung der Verklagten kann dadurch nicht aufgehalten, noch dem Kläger eine anderweitige Klage zugemuthet werden.

Der Rest der Forderung beträgt noch, wie Kläger seine Klage ermäßigt hat, 380 Rthlr. 28 Sgr. 8 Pf. und Zinsen zu fünf Prozent seit dem 11. März 1854. Ob die Verklagten für das Ganze dieses Restes oder nach Verhältniß ihrer Erbrate, also zur Hälfte, dafür haften, muß gemäß § 137. I. 17. des Allg. Landrechts von dem Umstande, ob Kläger von der Erb-Theilung, der Schichtung, vorher in Kenntniß gesetzt ist, abhängig gemacht werden, in welcher Beziehung der dem Kurator referirte Eid acceptirt worden ist, und mithin auf denselben zu erkennen war.

Digitized by Google

No. 6. — I. Senat. Sitzung vom 1. Juni 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Suhl.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Güterrecht und Erbrecht der Eheleute nach dem Provinzialrecht der Grafschaft Henneberg.

a. Nach dem Hennebergischen Provinzialrecht besteht unter Eheleuten eine Gütergemeinschaft weder im Allgemeinen noch in Beziehung auf den Erwerb während der Ehe.

b. Nach demselben beerben Eheleute einander nicht, vielmehr vererben sämmtliche Güter des verstorbenen Ehegatten mit dessen Tode auf seine nächsten Blutsverwandten.

c. Wenn Kinder vorhanden sind, so behält der Ueberlebende an den Gütern des Verstorbenen den Nießbrauch bis zu seiner Wiederverheirathung.

d. Wenn keine Kinder vorhanden sind, so hat der Ueberlebende die Güter des Verstorbenen den Erben desselben binnen Jahresfrist auszuantworten, es sei denn, daß die Eheleute kein Vermögen zu einander gebracht, dasselbe vielmehr erst während der Ehe errungen hatten, in welchem Falle dem Ueberlebenden bis zu seiner Wiederverheirathung oder seinem Tode Besitz und Genuß der ganzen Errungenschaft verbleibt.

Hennebergische Landes-Ordnung v. 1. Januar 1539 Buch III. Tit. 2. Kap. 3. §§ 1. 7., Tit. 3. Kap. 11. §§ 1. 2., Kap. 13. §§ 1-3., Tit. 4. Kap. 12. § 1.; Verordnung des Herzogs Moritz von Sachsen vom 12. Juni 1704.

Der Bureau-Assistent P. zu Schleusingen war daselbst mit der verstorbenen Elisa geb. M. verheirathet gewesen, ohne mit ihr Kinder erzeugt zu haben. Beide Eheleute hatten Ver-

mögen in die Ehe eingebracht, und war auch ihre Ehe mit Errungenschaft gesegnet gewesen. In einem Vorprozesse hatte P. gegen die als Intestat-Erben seiner Ehefrau aufgetretenen nächsten Blutsverwandten derselben ein Erbrecht in den Nachlaß seiner Ehefrau in Anspruch genommen, war jedoch mit demselben rechtskräftig abgewiesen worden. Nachdem er inzwischen zur zweiten Ehe geschritten war, beanspruchte er in einer neuen Klage auf den Grund des Hennebergischen Provinzialrechts die Ausantwortung von zwei Dritttheilen jenes mit seiner ersten Ehefrau errungenen Vermögens. — Der Richter erster Instanz wies den Kläger auch mit diesem Anspruch ab. Der Richter zweiter Instanz verurtheilte dagegen die Verklagten nach dem Klage-Antrage.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision der Verklagten das Appellations-Urtheil abgeändert und das erste Urtheil mit der Maaßgabe, daß Kläger nur angebrachtermaaßen abzuweisen, wiederhergestellt.

Gründe:

Es steht bereits rechtskräftig fest, daß der Kläger ein Erbrecht in den Nachlaß seiner verstorbenen Ehefrau nicht in Anspruch nehmen kann, und es fragt sich nur noch, ob ihm, wie er behauptet, nach den hier zur Anwendung kommenden Hennebergischen Provinzialgesetzen, namentlich nach der Landesordnung vom 1. Januar 1539 und der Verordnung vom 12. Juni 1704, ein Recht auf zwei Dritttheile des in der Ehe mit der Erblasserin erworbenen, — d. h., seiner Ansicht nach, alles desjenigen Vermögens zustehe, welches zur Zeit des Todes seiner Ehefrau mehr vorhanden gewesen, als beide Eheleute in die Ehe gebracht hatten. Um diese von den Vorderrichtern verschieden beantwortete Frage zu entscheiden, ist es nöthig, die Vorschriften der betreffenden Provinzialgesetze über die Güterverhältnisse der Eheleute während der Ehe und nach dem Tode eines der Ehegatten im Allgemeinen im Zusammenhange zusammenzustellen,

Digitized by Google

und deren Inhalt einer genauen Prüfung zu unterwerfen, ohne welche solcher um so eher verschiedene Ansichten hervorzurufen geeignet scheint, als die Fassung dieser alten Gesetze an sich nicht sehr deutlich ist, und außerdem in dem durch sie sanktionirten ehelichen Gütersystem eine Vermischung Deutscher und Römischer Grundsätze unverkennbar hervortritt, wie auch schon Pinder in seinem Provinzialrechte Thl. II. S. 504. hervorhebt.

Es bestimmt aber die Landesordnung Kapitel 3. Titel 2. Buch III. hinsichtlich des Güterverhältnisses der Eheleute während der Ehe:

§ 1. Nach beschehenem Kirchgang und Beischlafen soll der Mann von wegen der Eheschuld, alles zugebrachten Heiraths- und andern Guts, so der Frauen zustehenden Ehe aufererbt und zu kommen, zu Latein bona parapherna, ein gewaltiger Besitzer, Nieser und Vorsteher sein; doch soll der Mann ohne Vorwissen und ausdrücklicher zierlicher Bewilligung der Frauen und ihres Anweisers solche Güter weder verpfänden, verkaufen, noch aus seiner Posseß und der Frauen Eigenthum verändern, derhalben denn zu mehrer Sicherheit der Frauen zum Widerfall, alle ihres Mannes beweglich und unbewegliche, fahrende und liegende Güter zu einem wahrhaftigen Unterpfande hiemit eingesetzt sein.

Aus dieser Bestimmung ergiebt sich zunächst, daß, wenn schon bei dem ehelichen Gütersystem im Hennebergischen das Deutsche Prinzip insoweit aufrecht erhalten ist, daß dem Ehemanne der Nießbrauch an dem gesammten Vermögen der Frau zustehen soll, im Uebrigen doch das Römische Prinzip der getrennten Güter zum Grunde liegt, namentlich aber von einer Gütergemeinschaft unter Lebenden weder im Allgemeinen noch in Beziehung auf den Erwerb während der Ehe die Rede ist, indem gar kein Unterschied zwischen den Gütern der Frau, je nachdem sie bei Eingehung der Ehe zugebracht oder erst während der Ehe erworben sind, gemacht,

Digitized by Google

vielmehr dem Ehemanne an allen der Frau zustehenden Ehe auferербten und kommenden Gütern eben nur der Nießbrauch eingeräumt ist, und im § 7. a. a. O. hinsichtlich der Trennung der Ehe durch richterlichen Ausspruch bestimmt wird, daß der unschuldigen Frau alles zugebrachte Heirathsgut, auch was ihr sonst zugestanden, folgen, der Mann ihr auch nöthigenfalls den erforderlichen Unterhalt gewähren, so aber das Weib zu der Scheidung Ursach gegeben, dem Manne wie oben (also nießbrauchsmäßig) des Weibes Gut sein Lebelang bleiben solle.

Ebenso bestimmt Kap. 13. Tit. 3. Buch III. hinsichtlich der Trennung der Ehe durch den Tod:

§ 1. Es sterbe der Mann oder Frau, so soll das zugebrachte Heirathsgut widerfallen; nämlich stirbt der Mann vor der Frauen, sollen alle unbeweglichen Güter inner zweien Monats Fristen, aber die beweglichen Güter nach Verscheinung Jahresfrist, nach Absterben des Mannes seinen Erben ohne Verzug überantwortet, stirbt aber das Weib vor, sollen dieselbigen Güter obberührtermaßen von dem Manne des Weibes Erben eingeantwortet werden.

und damit übereinstimmend verordnet auch Kap. 12. Titel 4. Buch III.:

§ 1. Eheleute mögen einander ohne vorhergehende zierliche Uebergaben und andere gebührliche Vermächtniß und Geschäft nicht erben, es wäre dann Sach, daß dawider etliche Gebräuch und Stadtrecht Unser Herrschaft, als oben im zwölften Kapitel und dritten Titel des dritten Buchs, desgleichen in unserer Stadt Schmalkalden, so der Eheleut eines ohne eheleiblichen Erben, ohne Vermächtniß und sondern letzten Willen verstürbe, die wollen wir dadurch unaufgehebt, sondern bekräftigt haben.

Auch hierbei findet sich nicht eine Spur von einer für den Todesfall eines Ehegatten etwa eintretenden Gemeinschaft des Erwerbes, im Gegentheile geht aus der Bestimmung des § 3. Kap. 13. Tit. 3. Buch III. der Landesordnung hervor, daß auch

Digitized by Google

von den in stehender Ehe erst erworbenen Gütern dasselbe gelten soll, wie von den in die Ehe eingebrachten, indem es dort heißt:

Wenn aber die Frau dem Manne ein liegendes Gut zugebracht, oder ihr zufiele in stehender Ehe und dem Mann um ein Summa Geldes eingesetzt würde, so es dann zu Entrichtung kömmt, so soll zu des Weibs Erben Wahl stehen, das Gut oder den Werth zu nehmen, und ob sie das Gut haben wollten, und das Gut über die Einsatzung treffentlich gebessert, welche Besserung sich erfünde, alsdann soll dieselbige Besserung nach Mäßigung des Rechtens dem Manne verfolgen.

Demgemäß ist als die, durch die Landesordnung sanktionirte und — abgesehen von entgegenstehenden besonderen rechtsgültigen Ortsgewohnheiten und Statuten — gemeinhin zur Anwendung kommende allgemeine Regel anzusehen,

daß Eheleute einander nicht beerben, vielmehr sämmtliche Güter eines verstorbenen Ehegatten mit dessen Tode auf dessen nächste Blutsverwandte als gesetzliche Erben übergehen und ihnen von dem Ueberlebenden längstens binnen Jahresfrist ausgeantwortet werden müssen,

welche letztere Bestimmung nur bei dem Vorhandensein von Kindern (bei deren Konkurrenz auch außerdem noch einige bald zu erwähnende Modifikationen, namentlich bei Eingehung einer zweiten Ehe, eintreten) insofern wegfällt, als dem überlebenden Ehegatten der Nießbrauch — wie in der Verordnung des Herzogs Moritz von Sachsen vom 12. Juni 1704 ausdrücklich ausgesprochen ist — an dem Vermögen des erstverstorbenen in diesem Falle zusteht, er also im Besitze und Genusse desselben in der Regel verbleibt, so lange er nicht zur zweiten Ehe schreitet.

Mit dem bisher Angeführten ist auch Krießmann, Versuch einer richtigen Erklärung der in der Hennebergischen Landesordnung über die Vererbung des Nachlasses der Ehegatten

Digitized by Google

vorkommenden Verordnungen, Schleusingen 1804, §§ 23. ff., § 53., einverstanden.

Nun enthalten aber die Hennebergischen Provinzialgesetze für den Fall, wo, wie im vorliegenden, blos Seitenverwandte des verstorbenen Ehegatten konkurriren, keine anderen die gegenwärtige Streitfrage betreffenden ausdrücklichen Bestimmungen, als die oben allegirten, und aus diesen läßt sich der Antrag des Klägers: einen Theil des Vermögens seiner Ehefrau unter dem Titel, daß es erst in der Ehe erworben sei, für sich zu behalten, in keiner Art rechtfertigen. Kläger stützt denselben daher auch lediglich auf die Vorschriften

a) des § 2. Kap. 12. Tit. 4. Thl. III. der Landesordnung,
b) des § 1. Kap. 11. Tit. 3. Thl. III. ebend., und endlich
c) der Verordnung des Herzogs Moritz von Sachsen vom 12. Juni 1704,

welche er auf den vorliegenden Fall gleichfalls angewendet wissen will. Allein dies erscheint ganz ungerechtfertigt.

Das erstgedachte Gesetz § 2. Kapitel 12. Titel 4. Thl. III. der Landesordnung, welcher sich an den oben mitgetheilten § 1. a. a. O. anschließt, der festsetzt, daß Eheleute einander nicht beerben, lautet:

Wenn sich aber zutrüge, daß in Städten oder Gerichten zwei Eheleute zusammenkämen, die beide Nichts hätten, auch keines zu dem andern viel oder wenig bringen würden, und aber viel oder wenig Gut miteinander in währender Ehe überkommen würden, und alsdann deren eins (welches das wäre) tödtlich abginge, so soll das Lebendige alle Hab und Gut sein Lebelang, so es die Hand nicht verbricht, genießen und alsdann nach des Letzten Abgang auf ihr beider Kinder, so sie die beide ehelich bei einander überkommen hätten, oder so sie der Kinder keines, beider ihr Erben zu gleichem Theile, nach Maaß und Grad der Linien, wie obengemeldet, fallen und erben;

So aber das Ueberlebend die Hand verbreche, alsdann

Digitized by Google

den Kindern den zweiten Theil, wie oben im 11ten und 12ten Kapitel des dritten Titels dritten Buchs geordnet, und des Verstorbenen nächsten Erben, wo kein Kind vorhanden, den halben Theil ganzer Erbschaft zu geben schuldig sein.

In diesem Gesetze ist allerdings von einer gemeinschaftlichen Errungenschaft und deren Vererbung sowohl beim Vorhandensein von Kindern als entfernteren Verwandten die Rede; allein daß dadurch keine Norm für gewöhnliche Erbfälle hat festgesetzt werden sollen, ergiebt sich nicht nur daraus, daß sonst diese Bestimmung mit den oben mitgetheilten des nämlichen Gesetzes (§ 1. Kap. 13. Tit. 3. Buch III.) und sogar mit dem unmittelbar vorhergehenden § 1. Kap. 12. Tit. 4. Buch III. in direktem Widerspruche stehen würde, sondern der Wortlaut des Gesetzes ergiebt auch ganz klar, daß dasselbe nur Verordnung für den besonderen Fall treffen will:

> daß ganz vermögenslose Eheleute, die gar Nichts zu einander gebracht, und von denen keiner Etwas in die Ehe inferirt, wohl aber miteinander mit gemeinschaftlichen Kräften während der Ehe Vermögen erworben hätten.

Wenn daher auch nicht mit Krießmann a. a. O. anzunehmen sein möchte, daß die ganze Bestimmung sich nur auf den Schluß des § 1. a. a. O. beziehe, welcher von den besonderen Gebräuchen und Lokalstatuten in einzelnen Orten und Städten spricht und diese aufrecht erhält, so kann doch umsoweniger zweifelhaft sein, daß solche nur den oben bezeichneten besonderen Fall betrifft, als auch in dem in der Landes-Ordnung den einzelnen Titeln vorangeschickten Summarium der Inhalt des § 2. dahin wiedergegeben ist: „Wenn Eheleute Nichts zusammenbringen und gleichwohl stante matrimonio Etwas mit einander erwerben." Daß für diesen von dem Gesetze selbst in den Worten: „wenn es sich aber zutrüge", als außergewöhnlichen bezeichneten Fall andere Bestimmungen getroffen wurden, als für den Fall, wo Vermögen in die Ehe eingebracht worden, erklärt sich auch leicht, da, wenn gar kein

Digitized by Google

Vermögen vorhanden war, welches nach den Bestimmungen des § 1. Tit. 2. Kap. 3. Buch III. der Landes-Ordnung zur Kategorie des Eingebrachten gerechnet werden kann, sich vielmehr ergab, daß das beim Tode des einen Ehegatten vorhandene Vermögen von beiden während der Ehe mit einander erworben worden war, es hart erscheinen würde, solches dem einen Ehegatten oder dessen Erben allein zuzusprechen. Hier setzt vielmehr der Gesetzgeber fest, daß für diesen Fall nicht nur der Ueberlebende den Nießbrauch behalten, sondern auch nach dessen Tode die Hälfte auf seine, die Hälfte auf des erstverstorbenen Ehegatten Erben fallen solle, es wären denn Kinder vorhanden, wo der gesammte Nachlaß auf diese übergehe.

So hat denn auch Pinder in seinem Provinzialrechte die Sache aufgefaßt und in den §§ 2214. und 2215. seines Entwurfs die gesetzliche Bestimmung dahin gefaßt:

§ 2214.: Sind bei dem Ableben eines Ehegatten keine Kinder aus dieser Ehe vorhanden, so geht das von dem Verstorbenen in die Ehe gebrachte Vermögen sofort auf dessen nächste Verwandte über, ohne daß dem überlebenden Ehegatten ein Nießbrauch daran zusteht.

§ 2215.: Haben beiden kinderlose Eheleute kein Vermögen zu einander gebracht, und ist während ihrer Ehe Vermögen errungen worden, so bleibt der überlebende Ehegatte im Besitz und Nießbrauch der ganzen Errungenschaft, bis er zur anderweiten Ehe schreitet oder stirbt.

Da nun unbestritten im vorliegenden Falle beide Theile Vermögen besaßen und in die Ehe eingebracht hatten, Kinder aber nicht vorhanden sind, so liegt gar kein gesetzlicher Grund vor, aus welchem Kläger auf das seiner verstorbenen Ehefrau gehörige Vermögen sollte Anspruch machen können, namentlich aber kann er solchen aus dem § 2. Kap. 12. Tit. 4. Thl. III. der Landes-Ordnung nicht herleiten.

Digitized by Google

Er beruft sich zwar noch auf den § 1. Kap. 11. Tit. 3. Thl. III. a. a. O. und die denselben modifizirende Verordnung des Herzogs Moritz von Sachsen vom 12. Juni 1704; allein auch diese Gesetze betreffen nur den Fall, wo Kinder aus der Ehe beim Tode des einen Ehegatten vorhanden sind.

Es ist schon oben bemerkt, daß, wenn eheliche Kinder vorhanden waren, nach den Bestimmungen der Landes-Ordnung diese Kinder allein Erben des erstverstorbenen parens werden, dem Ueberlebenden aber der Nießbrauch verbleibt, wie das auch Pinder §§ 2210. und 2211. bezeugt. Diese Regel litt jedoch eine bedeutende Veränderung für den Fall, daß der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe schritt, indem Kap. 11. Tit. 3. Thl. III. der Landes-Ordnung für diesen Fall Folgendes bestimmt:

§ 1.: So ordnen und setzen wir, daß selbige Person, es wäre Weib oder Mann, so die Hand verbrechen (zur zweiten Ehe schreiten), mit den ehelichen Kindern, die alsbald bevormundt werden sollen, alsbald inner vier Wochen nach beschehnem Beischlaf der andern Ehe, aller Güter, so dieselbig Person mit dem Verstorbenen besessen, eine gründliche Abtheilung fürnehmen, und durch die Oberkeit neben den Vormündern, der Ende die Güter gelegen, beschließen soll, dergestalt, daß den Kindern der zweite Theil, und dem Vater oder Mutter der dritte Theil gerechnet, folgen und zustehen soll.

§ 2.: Dadurch denn die Kinder von aller Forderung, die sie gegenwärtig oder künftiglichen gegen vater- oder mütterlichen Gütern haben möchten, gänzlich sollen abgetheilt sein.

Diese gesetzlichen Bestimmungen erscheinen im Vergleiche mit den oben mitgetheilten, die Güterverhältnisse der Ehegatten betreffenden, allerdings auffallend, indem jenen früheren Bestimmungen entgegen hier Maaßnahmen angeordnet sind, welche sonst nur bei einer vorhandenen Gütergemeinschaft vorzukommen

Digitized by Google

pflegen, die doch nur ausnahmsweise auf den Grund besonderer Lokalrechte im Hennebergischen Platz greift. **Kriesmann** a. a. O. nimmt deshalb auch an, daß diese ganze Bestimmung nur auf die Hennebergischen Besitzungen im Würzbürgischen, wo Gütergemeinschaft gegolten, sich bezogen habe. Allein zu einer solchen Annahme fehlt es bei der Fassung des Gesetzes an jedem näheren Grunde, und die gleich näher zu erwähnende Verordnung vom 12. Juni 1704, welche nach vorheriger Berathung mit den Hennebergischen Landständen, wie ihr Inhalt ergiebt, erlassen wurde, läßt auch unzweifelhaft schließen, daß die Bestimmung der §§ 1. und 2. Kapitel 11. a. a. O. als eine allgemein gültige betrachtet worden ist, wie denn auch diese Verordnung selbst eine solche allgemeine Anwendung im Kursächsischen Theile der Grafschaft Henneberg gefunden hat, und es läßt sich daher wohl nur annehmen, daß das gedachte Kap. 11. Tit. 3. Buch III. der Landes-Ordnung mit der Eingehung einer zweiten Ehe beim Vorhandensein von Kindern durch die dort getroffenen Anordnungen Nachtheile hat verbinden wollen, wie dies ja auch nach Römischem Rechte, wenngleich in anderer Art, stattfand.

Ueberhaupt aber würde diese ganze Frage für die vorliegende Entscheidung gleichgültig erscheinen, da augenscheinlich der Inhalt des Kap. 11. a. a. O. lediglich den hier nicht vorhandenen Fall einer Ehe, aus welcher Kinder entsprossen sind, betrifft, und bei dem Vorhandensein entfernterer Verwandten die Eingehung einer zweiten Ehe des überlebenden Ehegatten ohne allen Einfluß bleibt, — wenn nicht Kläger aus den Bestimmungen der Verordnung vom 12. Juni 1704, welche jene Vorschriften abänderte, Ansprüche auf die Errungenschaft in der Ehe mit seiner verstorbenen Ehefrau hergeleitet hätte, die noch einer Prüfung zu unterwerfen sind.

Diese Verordnung, welche der Herzog Moritz von Sachsen, auf den aus dem Testamente des Kurfürsten Georg I. der ganze Kursächsische Antheil der Grafschaft Henneberg, zu wel-

Digitized by Google

chem namentlich Schleusingen gehört, übergegangen war, erlassen hatte, lautet:

Wir fügen hiermit zu wissen:

Demnach in der Hennebergischen Landes-Ordnung Buch 3. Tit. 3. Kap. 11. disponiret und versehen, daß, wenn Ehegatten von einander versterben, und der Ueberlebende nachgehends zu andern Ehe schreitet, dieser mit seinen Kindern voriger Ehe, wenn deren vorhanden, sowohl seine eigene, als des Verstorbenen Güter zu Dritttheilen verbunden sein soll; und aber die bisherige Erfahrung bezeuget, daß, wo die Schärfe dieses Gesetzes nicht etwa durch gewisse Heirathspakte oder sonsten temperirt worden, durch allzu genaue Exekution desselben, worauf öfters die Kinder gegen ihre Eltern bestanden, vieles und sonderlich wider das vierte Gebot laufendes Unheil nach sich gezogen, indem der kindliche Respekt, so die Kinder ihren Eltern zu erweisen haben, bei manchen gänzlich dadurch aufgehoben, auch an sich selbsten sehr hart und denen göttlichen und allgemeinen bürgerlichen Rechten, ja der natürlichen Billigkeit zuwider läuft, wenn Eltern ihre mit saurem Schweiß errungene Güter noch bei ihrem Leben und öfters im herannahenden Alter mit ihren Kindern theilen und hernachmals Mangel leiden sollen, da doch die in der Natur selbsten gegründete Rechtsregel: »quod viventis nulla sit hereditas,« bekannt, und man vermöge heiliger Schrift in seiner Jugend sammeln soll, damit man in Alter Etwas haben möge; — als sind wir hierdurch bewogen worden, das oben angezogene Provinzialrecht, nach vorhergegangener Vernehmung mit unsern Hennebergischen Landständen, zu abrogiren und aufzuheben, thun solches auch hiermit aus landesfürstlicher Hoheit und Macht, und wollen, daß in dem Fall, da Eheleute von einander mit Hinterlassung Kinder versterben, es künftighin bei denen Gemeinen Rechten insoweit bleibe, daß der überlebende Theil den Usumfructum oder Besitz in des Verstorbenen Vermögen, gestalten Sachen

Digitized by Google

nach, haben, und damit auf begebende Fälle das Eigenthum denen hinterlassenen Kindern nicht geschmälert werde, und sie wissen mögen, was ihnen nach ihres Vaters oder Mutter Tode zukommt, wenn zwei Personen zusammenheirathen, ein Inventarium, oder zum wenigsten eine richtige von denenselben und ihren Eltern, oder, in deren Ermangelung, ihren nächsten Anverwandten und resp. Kuratoren unterschriebene Spezifikation über das beiderseits zusammengebrachte Vermögen fertigen lassen und gerichtlich deponiren, auch da sich nach ein oder des andern Tod ein Acquestus oder Errungenschaft ergebe, davon dem Manne zwei Dritttheil, dem Weibe aber ein Dritttheil eigenthümlich zukomme; falls aber während der Ehe Nichts erworben, sondern vielmehr das in die Ehe gebrachte Vermögen verringert worden wäre, die erlittene Einbuße gleichfalls der Mann zu zwei Dritttheil, das Weib aber zu einem Dritttheil tragen; wofern aber der überlebende Theil zur andern Ehe schreitet, er seinen Kindern erster Ehe des Verstorbenen völlige Güter aushändigen soll, es wäre denn, daß er dergestalt arm sei, daß er Nichts zu leben hätte, als welchen Falls ihm die Verordnung der Gemeinen Rechte, nach Proportion, ob drei oder weniger, oder vier oder mehr Kinder erster Ehe vorhanden, billig zu statten kommen müßte.

Und ergehet dannenhero an unsere Hennebergische Lande ꝛc.

Allerdings ist in diesem Gesetze auch für den Fall, daß beide Eheleute Vermögen besessen hatten, eine Bestimmung über die Errungenschaft und deren Vererbung getroffen, allein der Zweck der ganzen Verordnung war nur der, Kap. **11**. Tit. 3. Thl. **III**. der Landes-Ordnung, welches lediglich das Verhältniß eines überlebenden Ehegatten zu den aus der Ehe mit dem erstverstorbenen entsprossenen Kindern betraf, aufzuheben und dies Verhältniß näher und bestimmter, insbesondere auch für den Fall festzustellen, daß der Ueberlebende zur zweiten Ehe schritt. Wenn daher jetzt bestimmt wurde, den Kindern solle

Digitized by Google

das gesammte in die Ehe eingebrachte Vermögen allerdings, wie bisher, allein zufallen, und der überlebende Ehegatte daran nur den Nießbrauch haben, dagegen solle die sich ergebende Errungenschaft dem überlebenden Ehemanne zu $^{2}/_{3}$, der überlebenden Frau aber zu $^{1}/_{3}$ gebühren, und zu dem Ende bei Eingehung der Ehe ein Inventarium des beiderseits zusammengebrachten Vermögens angefertigt und deponirt werden, so berührte dies blos die aus der Ehe zu erwartenden und wirklich daraus entsprossenen Kinder. Nirgends ist nur entfernt angedeutet, daß die Vorschrift der §§ 1. und 3. Kap. 13. Tit. 3. Thl. III. der Landes-Ordnung und überhaupt die Bestimmungen über kinderlose Ehen hätten gleichfalls verändert werden sollen, und es rechtfertigt daher auch die Verordnung vom 12. Juni 1704 den Antrag des Klägers nicht.

Zwar nimmt Pinder an, daß das Anrecht auf die Errungenschaft, welches das Gesetz dem Ehegatten einräume, demselben verbleiben müsse, auch wenn keine Kinder beim Tode des erstverstorbenen vorhanden wären, ja er geht so weit, in solchem Falle den ganzen Acquest dem überlebenden Ehegatten mit Ausschluß der Erben des erstverstorbenen zuzubilligen, — § 2217. a. a. O. Diese durch Inhalt und Zweck des Gesetzes nicht unterstützte Ansicht wird zwar auch nur (Blatt 505. der Motive) in folgender Art zu begründen gesucht. Es heißt nämlich dort: „Dieser Punkt war in der Henneberger Landes-Ordnung nicht klar entschieden. Er ist aber durch den Gerichtsgebrauch nach einem in oberster Instanz von dem Appellations-Gerichte zu Dresden gesprochenen Erkenntnisse in Sachen Spangenberg wider Langgut angenommen.“ — Dagegen bemerkt der erste Richter, daß dem Richterkollegium von einem Gerichtsgebrauche der Art, welcher das alleinige Motiv zum § 2217. des Pinder'schen Entwurfs sei, Nichts bekannt geworden wäre, und hebt mit Recht zugleich hervor, daß eine Reihe gleichförmiger Entscheidungen nicht nachgewiesen sei, überhaupt ein solcher Gerichtsgebrauch den Richter nicht binden

Digitized by Google

könne, wenn der Sinn und Inhalt des betreffenden Gesetzes etwas Anderes deutlich entnehmen ließen. Dies ist aber hier unzweifelhaft der Fall. Denn zunächst handelt das Gesetz überhaupt nur von beerbten, nicht von kinderlosen Ehen; sodann aber liegt gar kein näherer Grund vor, dessen Vorschriften auf ein von dem vorausgesetzten ganz verschiedenes Verhältniß anzuwenden. Nach dem Inhalte der Verordnung vom 12. Juni 1704 scheint namentlich unter dem während der Ehe errungenen Vermögen verstanden werden zu müssen, was sich nach dem Tode eines der Ehegatten noch außer demjenigen, welches in dem bei Eingehung der Ehe aufgenommenen Inventarium verzeichnet wurde, sich vorfindet, gleichviel, aus welchem Titel es dem einen oder anderen Ehegatten zugefallen war. — Wenn davon unbeschränkt dem überlebenden Manne $^2/_3$, der überlebenden Frau $^1/_3$ zugesprochen werden, so läßt sich das mit Rücksicht auf das Verhältniß der Eltern und Kinder ganz gut rechtfertigen, indem der Ueberlebende den Nießbrauch des Ganzen hat, und nach seinem Tode die Kinder auch wieder als seine Erben eintreten, da die Verordnung vom 12. Juni 1704 die in der Landes-Ordnung angeordnete Tottheilung für den Fall des Schreitens zur zweiten Ehe aufgehoben hat. Dagegen können die sonstigen Verwandten, namentlich die der zuerst sterbenden Ehefrau, durch eine Anwendung der Vorschriften jener Verordnung auf kinderlose Ehen, auf das Allerhöchste gefährdet werden. Es ist daher nicht erfindlich, weshalb der Appellations-Richter dem ersten den Vorwurf macht, daß er zu vernunftwidrigen Resultaten gelangt sei, vielmehr beruht die Ansicht des Appellations-Richters auf unrichtigen Voraussetzungen, die in der bisherigen Entwickelung ihre Widerlegung finden, und bei welchen überdies nicht berücksichtigt ist, daß nach der Verordnung vom 12. Juni 1704 der überlebende Ehegatte, wenn er zur zweiten Ehe schreitet „die völligen Güter des Verstorbenen" sofort herausgeben soll.

Der Antrag des Klägers, ihm im vorliegenden Falle $^2/_3$ der

Digitized by Google

ehelichen Errungenschaft zuzuerkennen, ist daher von dem ersten Richter mit Recht zurückgewiesen worden, und muß insofern das erste Erkenntniß wiederhergestellt werden, ohne daß es noch auf eine Feststellung der von den Verklagten hinsichtlich einer erfolgten faktischen Ausschließung der Gemeinschaft des Erwerbes zwischen den R.'schen Eheleuten aufgestellten Behauptungen und angeführten Thatumstände ankommen konnte.

Inzwischen konnte, um etwaigen Mißverständnissen vorzubeugen, die Wiederherstellung nur unter der Maaßgabe erfolgen, daß die Abweisung des Klägers nur in der angebrachten Art ausgesprochen wurde. Denn nach dem Inhalte der Angaben beider Theile bleibt zweifelhaft, ob nicht vielleicht unter dem im Besitze der Verklagten befindlichen Vermögen der verstorbenen verehelichten R. auch solches steckt, welches nach den gesetzlichen Vorschriften als ein dem Ehemann vermöge seiner maritalischen Rechte während der Ehe zugefallener Erwerb zu betrachten sein würde. Einen solchen würde er anscheinend allerdings beanspruchen dürfen. Da nach Obigem im Allgemeinen im Hennebergischen zwischen Eheleuten während der Ehe unter Lebendigen die gesetzlichen Vorschriften über die Güterverhältnisse bei getrennten Gütern zur Anwendung kommen, und da hiernach möglicherweise der Kläger doch noch Ansprüche auf einen Theil des während der Ehe von ihm selbst erworbenen Vermögens, falls sich dergleichen jetzt mit im Besitze der Verklagten befände, zustehen könnte, so erschien es angemessen, die gedachte Modifikation der Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses beizufügen.

Digitized by Google

No. 7. – III. Senat. Sitzung vom 1. Juni 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Erwerb des Bergwerksregals.

Durch den seitens des Landesherrn an eine Privatperson geschehenen Verkauf eines Territoriums, z. B. eines Amtes oder Klosters, unter der Klausel: „mit allen Nutzungen, wie Käufer dieselben in, unter und auf dem Erdreich suchen kann und mag,“ ist das dem Landesherrn zustehende Bergwerksregal nicht für mitverkauft zu erachten.*

A. L. R. II. **16**. §§ 106. ff.

Der Graf N. beanspruchte gegen den Königlichen Fiskus, vertreten durch das Königliche Ministerium für Handel und Gewerbe, das unbeschränkte Bergwerksregal für das Gebiet der ihm gehörigen Herrschaft O. einschließlich des Gutes P. und mit Ausschluß des Gutes Q. Er gründete diesen Anspruch auf die beiden Kauf- resp. Lehnbriefe aus den Jahren 1564 und 1565, mittelst welcher der Kurfürst Joachim II. das frühere Amt und Kloster O. dem Joachim von Roebel verkauft und dessen Familie als Mannlehen verliehen hatte, — und zwar auf die in diesen Urkunden enthaltenen Worte: „mit allem Einkommen und Nutzungen, auch Ober-, Hoch-, Frei- und Gerechtigkeiten ꝛc., Nichts davon ausgeschlossen, wie er die Nutzungen in, unter und auf dem Erdreich suchen kann oder mag.“ — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klageantrage. Das Gericht zweiter Instanz wies den Kläger ab.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision des Klägers das Urtheil zweiter Instanz bestätigt — aus nachstehenden

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 7. S. 51.

Digitized by Google

Gründen:

Der Ausführung des Appellations-Richters muß unbedenklich darin beigepflichtet werden, daß in den Urkunden von 1564 und 1565 eine Verleihung des Bergwerksregals nicht enthalten ist. Bei Auslegung derselben muß festgehalten werden, daß die Nutzung der zum Bergwerksregal gehörigen Fossilien schon damals ein von dem Besitze des Grundes und Bodens unabhängiges Recht des Landesherrn bildete, — vergl. Eichhorn's Einleitung in das Deutsche Privatrecht § 271. und Hake's Kommentar über das Deutsche Bergrecht §§ 60. ff.

Nach der Urkunde von 1564 verkaufte der damalige Landesherr Kurfürst Joachim II. das Amt und erledigte Kloster O. nebst allen Zubehörungen, welche sehr weitläufig aufgeführt werden, an Joachim Roebel und seine männlichen Leibes-Lehnserben, auch Brüder, Wittwe und Lehnsfolger —

also, daß gemelter Roebel und seine männlichen Leibes-Lehnserben rc. Amt und Kloster O. mit allen und jeden seinen Ein- und Zubehörungen, beweglichen und unbeweglichen Gütern, allen Einkommen und Nutzungen, auch Ober-, Hoch-, Frei- und Gerechtigkeiten, inner oder außerhalb ihrer Grenzen belegen, Nichts davon ausgeschlossen, wie er die Nutzungen in, unter und auf dem Erdreich suchen kann oder mag, als Ihr altes Stammlehn und Rittergut rc. haben, besitzen, genießen und gebrauchen solle und möge.

Ganz übereinstimmend hiermit werden in dem besonders ausgefertigten Lehnbriefe von 1565 als mit verliehen bezeichnet:

— alle andere Einkommen und Nutzungen, Ober-, Hoch-, Frei- und Gerechtigkeiten, inner- und außerhalb ihrer Grenzen, Nichts ausgeschlossen, wie die Nutzungen in, unter und auf dem Erdreiche zu suchen.

In demjenigen, was in diesen Urkunden von Nutzungen in, unter und auf der Erde gesagt wird, findet Kläger die Verleihung des Bergwerksregals. Mit Recht nimmt aber der Appellations-Richter an, daß diese Worte nur auf die Art zu beziehen

Digitized by Google

seien, in welcher der Gegenstand der Verleihung — das Amt O. nebst Zubehör — zu benutzen sei, daß aber darin nicht die Verleihung eines besondern von dem Besitze der Herrschaft O. unabhängigen Rechts gefunden werden könne. Auf solche allgemeine Ausdrücke mag unter Umständen zur Unterstützung sonstiger für die Verleihung des Bergwerks=Regals sprechenden Gründe Gewicht gelegt werden können, im vorliegenden Falle aber spricht Nichts dafür, daß unter jenen sich auf die Nutzungen unter der Erde beziehenden Ausdrücken mehr als das jedem Grundbesitzer zustehende Recht zur Benutzung der Fossilien habe verstanden werden sollen. Revident glaubt hauptsächlich, die im Band 7. Seite 51. ff. des Archivs für Rechtsfälle abgedruckte Entscheidung für sich anführen zu können: der damals entschiedene Fall war aber von dem vorliegenden sehr verschieden. Damals handelte es sich um das von den Besitzern der Herrschaft Myslowitz in Anspruch genommene Bergwerks=Regal. Diese Herrschaft bildete früher ein Zubehör des Fürstenthums Pleß, welches von einem der Fürsten aus dem Piastischen Stamme der Krone Böhmen als Lehen offerirt worden war. Nach dem Tode des frühern Besitzers verlieh König Wladislaus sein Recht zum Fürstenthum an den Herzog Heinrich von Münsterberg, und bei Interpretation dieser Verleihungsurkunde wurde in der gedachten früheren Entscheidung allerdings auch auf die darin gebrauchten Worte: „sammt allen und jeden Einkünften und Nutzungen, wie auch Zubehörungen ob und unter der Erde“ Gewicht gelegt, es kamen aber außerdem mehrere andere Umstände in Betracht, welche für die Verleihung des Bergwerksregals sprachen. Insbesondere wurde hervorgehoben, daß das Fürstenthum Pleß ein feudum oblatum früherer souverainer Fürsten gewesen, daß unter diesen Umständen zweifelhafte Stellen des Lehnbriefes zu Gunsten des Lehnsbesitzers ausgelegt werden müßten, und daß bei der Abzweigung der Herrschaft Myslowitz in dem landesherrlich bestätigten Veräußerungs=Vertrage: „Gold, Silber,

Digitized by Google

Kupfer und Bleierz, auch sonst allerlei Erz, keines davon ausgenommen", als mitveräußert benannt waren, — ein deutliches Kennzeichen, daß man dabei auch die zum Bergwerksregal gehörigen Fossilien vor Augen hatte, eine Annahme, zu welcher im vorliegenden Falle jeder Grund fehlt. Erwägt man überdies, daß der König Wladislaus „all sein Recht an dem Fürstenthum nebst Zubehörungen unter der Erde" an den neuen Besitzer übertrug, so leuchtet ohne weitere Ausführung ein, daß der damalige Fall von dem jetzigen sehr verschieden war, und daß Revident aus der damaligen Entscheidung für sich Nichts herleiten kann. Das Vorstehende ergiebt, daß weder die Veräußerung von 1564 noch der Lehnbrief von 1565 eine Verleihung des Bergwerksregals enthalten, und hiermit ist das Fundament des klägerischen Anspruchs beseitigt, ohne daß es einer Erörterung über den am Schlusse des Lehnbriefes von 1565 enthaltenen Vorbehalt: „doch was an Unsern Churfürstlichen Regalien gemeinen Landbeden, Steuern und Volgen ohne Schaden" bedarf. — Auch für das Gut P. läßt sich aus der Veräußerungs-Urkunde von 1695 kein dem Revidenten günstiges Ergebniß herleiten, da die darin enthaltene, von „Nutzungen unter der Erde" sprechende Stelle einestheils an sich nicht als eine Verleihung des Bergwerksregals gedeutet werden kann, anderntheils dieselbe sich auf die Veräußerung des Klosters O. im Jahre 1564 bezieht, von welchem P. schon damals ein Pertinenzstück gebildet haben soll, für P. mithin das Bergwerksregal nur dann in Anspruch genommen werden könnte, wenn dasselbe im Jahre 1564 respektive 1565 an den Besitzer der Herrschaft O. übertragen worden wäre, was aber nach der obigen Ausführung nicht der Fall ist.

Digitized by Google

No. 8. — IV. Senat. Sitzung vom 5. Juni 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Ahaus.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Münster.

Gewährleistung für die Sicherheit einer cedirten Hypothekenforderung.

a. Der Cessionar wird dadurch, daß er die ihm cedirte Hypothekenforderung nicht binnen drei Monaten aufgekündigt hat, seines Regresses nicht verlustig, wenn die Forderung schon zur Zeit der Cession unsicher war.

b. Nicht blos die Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners zur Zeit der Cession, sondern auch der Nachweis seitens des Cessionars, daß gegen den Schuldner zur Zeit der Cession bereits in anderen Prozessen die Exekution erfolglos vollstreckt, derselbe mithin als zahlungsunfähig befunden worden, oder daß schon zu jener Zeit in dem Hypothekenbuche des verpfändeten Grundstücks der Subhastations-Vermerk eingetragen gewesen, berechtigt den Cessionar, auch ohne vorherige Aufkündigung auf den Cedenten wegen Gewährleistung zurückzugehen.*

A. L. R. I. **11**. §§ 431. 435. 436.

Aus der gerichtlichen Urkunde vom 10. Februar 1848 verschuldete der Zeller Johann A. dem Kaufmann Levi A. ein auf des ersteren Kolonat eingetragenes verzinsliches Kapital von 941 Rthlrn., welches bei der demnächstigen Subhastation des Kolonats gänzlich ausfiel. Nachdem Johann A. hierauf dem Levi A. in der notariellen Verhandlung vom 20. Februar 1850 eine neue Hypothek mit anderen Grundstücken bestellt hatte, und deren Eintragung erfolgt war, cedirte Levi A. in der Urkunde

* Vergl. Präjudiz No. 639. vom 8. März 1839, Präj.-Samml. S. 62.

Digitized by Google

vom 20. Januar 1851 die Forderung der Wittwe Z. und verpflichtete sich zugleich ausdrücklich, für die Richtigkeit und Sicherheit der Forderung einzustehen. Auch bei der Subhastation der nachträglich verpfändeten Grundstücke fiel die Forderung wiederum gänzlich aus. Der Exekutor des Testaments der inmittelst verstorbenen Cessionarin Wittwe Z. forderte nunmehr unter der Behauptung, daß die Forderung von dem persönlichen Schuldner, Johann A., nicht beizutreiben sei, ihren Betrag nebst Zinsen auf den Grund jener versprochenen Gewährleistung von dem Cedenten Levi A. — Der Richter erster Instanz verurtheilte den Verklagten nach dem Klageantrage. Der Richter zweiter Instanz wies den Kläger zur Zeit ab.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision des Klägers das Appellations-Urtheil abgeändert und das erste Urtheil wiederhergestellt —

in Erwägung:

daß die von dem Verklagten in dem Cessions-Instrumente vom 20. Januar 1851 für die Sicherheit dieser Hypothekenforderung übernommene Gewährsleistung sich nur auf die Sicherheit der Hypothek zur Zeit der Cession bezieht, — § 431. I. 11. des Allgem. Landrechts, keineswegs aber auch auf den Fall auszudehnen ist, wenn späterhin etwa in der Person des Schuldners oder sonst eintretende Umstände die Sicherheit der Hypothek gefährden; daß diese Art der Gewährsleistung sich daher wesentlich von einer übernommenen Bürgschaft unterscheidet, — §§ 200. ff. I. 14. a. a. O., mithin auch der vom Appellations-Richter angewendete § 295. a. a. O. von der Anwendung ausgeschlossen ist; daß vielmehr — wie dies in dem Erkenntnisse des Geheimen Ober-Tribunals vom 9. Juni 1848 (Präjudiz No. 2032., Entscheidungen Bd. 17. S. 174. ff.) näher ausgeführt, in dem Falle, wenn auch für die Sicherheit der cedirten hypothekarischen Forderung von dem Cedenten Gewährsleistung übernommen worden, das Recht des Cessionars, solche von dem Cedenten zu fordern, schon so-

Digitized by Google

fort nach Unzulänglichkeit der Hypothek eintritt, und der Cessionar nicht genöthigt werden kann, vorher noch den persönlichen Schuldner der abgetretenen Forderung in Anspruch zu nehmen.*

daß, wenn auch im vorliegenden Falle die Cessionaria die ihr cedirte Forderung nicht, der Vorschrift des § 435. I. 11. a. a. O. gemäß, binnen drei Monaten nach erfolgter Cession hat aufkündigen lassen, dies für sich allein noch nicht den Verlust des Regresses zur Folge hat, es vielmehr, wie aus dem unmittelbar folgenden § 436. a. a. O. in Verbindung mit § 431. hervorgeht, nur darauf ankommt, ob die Forderung schon zur Zeit der Cession unsicher gewesen ist;

daß, wenn der § 436. a. a. O. auch nur der Konkurs-Eröffnung über das Vermögen des Schuldners als eines Falles gedenkt, in welchem die Unsicherheit der Forderung schon zur Zeit der Cession angenommen werden solle, dies doch nur als ein Beispiel anzusehen ist, das darin ausgesprochene Prinzip aber unverändert aufrecht erhalten bleibt; übrigens auch mit der Konkurs-Eröffnung in ihrer Wirkung auf den Schuldner der Fall ganz gleich steht, wenn der Schuldner bereits in früheren Prozessen excussus und als zahlungsunfähig befunden worden ist, daß also der Cessionar, wenn er nur dies nachzuweisen vermag, auch ohne eine vorgängige Aufkündigung auf den Cedenten wegen Gewährsleistung zurückgehen kann — wie dies auch wiederholt vom Ober-Tribunal angenommen worden ist, — vergl. Präjudiz Nr. 639.; daß ein solcher Fall, wie der erste Richter in seinem Erkenntnisse aus den den Parteien in dem Termine den 4. März 1854 vorgelegt gewesenen Akten überzeugend nachgewiesen hat, hier vorliegt;

daß überdies nach dem überreichten Hypothekenscheine über die cedirte Forderung vom 7. September 1850 daselbst Ru-

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 1. S. 183.

Digitized by Google

brika II. unter No. 7. und No. 10. bei den für die fragliche Forderung nach Rubrika III. No. 30. verpfändeten Grundstücken ausdrücklich vermerkt ist: „daß die nothwendige Subhastation dieser Parzellen verfügt sei"; daß, da dieser Vermerk sogar schon lange vor der Cession, zufolge Verfügung vom 7. September 1850, eingetragen war, die Cessionaria die gerichtliche Aufkündigung der fraglichen Forderung für überflüssig und erfolglos erachten, und vielmehr erwarten mußte, daß auch ohne solche, da die fragliche Cession im Hypothekenbuche vermerkt worden, sie bei Vertheilung der Kaufgelder zugezogen und, soweit diese reichten, befriedigt werden müsse, die unterlassene gerichtliche Aufkündigung daher jedenfalls ganz unnachtheilig gewesen ist;

daß allem Diesem zufolge der Regreßanspruch des Klägers schon jetzt gerechtfertigt erscheint.

No. 9. — III. Senat. Sitzung vom 8. Juni 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wesel.

Einfluß der Zustimmung des Besitzers zu der als besitzstörend bezeichneten Handlung auf die Zulässigkeit der Besitzstörungsklage.

Die wenngleich nur mündlich erfolgte Zustimmung des Besitzers zu der als besitzstörend bezeichneten Handlung schließt die Besitzstörungsklage aus.

A. L. R. I. 7. §§ 146. ff.

Der Bäcker Johann H. in Emmerich behauptete, von der Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft in dem Besitze seines Grundstücks dadurch gestört worden zu sein, daß dieselbe dieses Grundstück, ohne vorher mit ihm getroffene Vereinbarung über dessen Abtretung, zum Bau der Eisenbahn in Angriff ge-

Digitized by Google

nommen habe. Er stellte deshalb gegen die gedachte Gesellschaft die Besitzstörungsklage an. — Die Verklagte beantragte die Abweisung des Klägers, weil, wenngleich derselbe als Mitbesitzer des Grundstücks eingetragen, doch sein Sohn der Naturalbesitzer sei, und dieser ihr die schriftliche von dem Kläger genehmigte Erlaubniß zu den fraglichen Arbeiten ertheilt habe. — Der Richter erster Instanz verurtheilte jedoch die Verklagte nach dem Klageantrage. Derselbe erwog, daß der Kläger vor Ausübung jener Handlungen der Verklagten im jüngsten und ungestörten Besitze oder Mitbesitze sich befunden und daher zur Possessorienklage wohl berechtigt sei, daß aber die von der Beklagten mit dem Sohne des Klägers getroffene Vereinbarung den Kläger selbst nicht habe verbindlich machen können, weil er seinen Sohn nicht schriftlich beauftragt gehabt habe, vergl. § 7. I. 13., § 135. I. 5. des Allgem. Landrechts. Der Richter erwog ferner, daß es durchaus unerheblich sei, wenn Kläger auch die von seinem Sohne für ihn abgegebene Erklärung und für ihn geleistete Unterschrift mündlich ausdrücklich genehmigt habe, weil durch eine spätere mündliche Genehmigung eines wegen Mangels der schriftlichen Form ungültigen Auftrages der letztere keine Gültigkeit erlange und deshalb nach wie vor unverbindlich bleibe. Endlich erwog der Richter, daß es ebenso unerheblich sei, wenn Kläger später auch seine Genehmigung zu der Fortsetzung der Arbeiten gegeben habe, weil einestheils diese Genehmigung wiederum der schriftlichen Form bedurft habe, und anderntheils zur Zeit der Ertheilung dieser angeblichen Genehmigung die Besitzstörung bereits vorgefallen gewesen sei.

Das Ober-Tribunal hat auf die von der Verklagten erhobenen Nichtigkeisbeschwerde das erste Urtheil vernichtet und die Beweisaufnahme über die Zustimmung des Klägers zu den seitens der Verklagten veranlaßten Angriff-Arbeiten sowie anderweitige Entscheidung in erster Instanz verordnet.

Gründe:

Die, das Possessorium bedingende Turbation setzt eine durch

Digitized by Google

Gewalt, List, heimlich oder bittweise erfolgte Besitzes-Entziehung oder Störung voraus, — §§ 146. ff. I. 7. des Allgem. Landrechts. Davon kann aber nicht die Rede sein, wenn der angeblich Turbirte mit der als Störung bezeichneten Handlung sich im Voraus einverstanden erklärt, oder solche hinterher gut geheißen, und dergestalt durch seine Einwilligung zu erkennen gegeben hat, daß jene vitia possessionis nicht vorhanden seien. Ob dieser Konsens in einer bestimmten, z. B. notariellen oder schriftlichen, Form ertheilt worden, ist für das Possessorium gleichgültig, weil auch durch die nur mündlich erfolgte Beistimmung der Begriff der Gewalt, List und Heimlichkeit ausgeschlossen wird, die weitere Rechtsverbindlichkeit aber nicht im Possessorien- sondern im Petitorien-Prozesse zu untersuchen bleibt. Wenn nun der vorige Richter lediglich wegen der fehlenden schriftlichen Form die behauptete Zustimmung des Klägers zu der auf seinem Grundstücke von der Verklagten vorgenommenen Besitzhandlung unbeachtet gelassen hat, so verletzt er die §§ 146. ff. a. a. O., und seine Entscheidung erscheint als hinfällig, während in der Sache selbst der über jene Zustimmung angetretene Beweis zu erheben ist.

No. 10. – III. Senat. Sitzung v. 8. Juni 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wittstock.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Einwand der rechtskräftigen Entscheidung.

Der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung wird durch die Identität der Personen, des Gegenstandes und der Rechtsfrage, nicht aber durch die Uebereinstimmung des Klageantrages bedingt. — Die Identität der Rechts-

Digitized by Google

frage und des Gegenstandes ist auch dann vorhanden, wenn der Schuldner, nachdem er in dem Vorprozesse mit der gegen den Gläubiger angestellten, auf die Behauptung der Zahlung der Forderung gegründeten, Klage auf Quittungsleistung abgewiesen worden ist, gegen die hiernächst von dem Gläubiger wider ihn erhobene Klage auf Zahlung dieser Forderung die Einrede der geleisteten Zahlung erhebt.*

A. G. O. I. Einl. §§ 65. 66., **13**. § 38., **16**. § 1.

In einem Vorprozesse war der Eigenthümer H. mit der gegen den Handelsmann M. angestellten Klage auf Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung über demselben auf ein Kapital von 700 Rthlrn. angeblich gezahlte 300 Rthlr. rechtskräftig abgewiesen worden, und zwar in Betreff der Summe von 270 Rthlrn., weil, wie es in den Gründen des Appellations-Urtheils heißt, H. dieselben nicht auf jene 700 Rthlr., sondern auf eine Schuld des Schäfers E. gezahlt habe. Der hierauf seitens des M. gegen ihn erhobenen Klage auf Zahlung des Kapitals der 700 Rthlr. stellte er den Einwand jener Zahlung der 270 Rthlr. entgegen. Der Richter zweiter Instanz verurtheilte unter Abänderung des ersten Erkenntnisses den Verklagten nach dem Klageantrage, indem er den Zahlungseinwand des Verklagten auf den Grund der rechtskräftigen Entscheidung des Vorprozesses für unbedingt erledigt erachtete.

Das Ober-Tribunal hat die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Der dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf, daß er den Grundsatz von der res judicata, — §§ 65. 66. der Ein-

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Band 9. S. 129. ff., Band 10. S. 235., Bd. 11. S. 85.

Digitized by Google

leitung und § 1. I. 16. der Allgem. Gerichts-Ordnung, — verletzt habe, erscheint nicht begründet. Es ist vielmehr in der Höhe von 270 Rthlrn. der vom Verklagten erhobene Einwand der Zahlung durch die Entscheidung des Vorprozesses für erledigt zu halten.

Die Personen des gegenwärtigen Prozesses sind nicht nur dieselben, wie im vorigen, sondern es ist auch die erforderliche Identität des Objekts und der Rechtsfrage vorhanden.

In dem vorigen Prozesse waren 300 Rthlr. von dem für den Kläger aus dem Kaufkontrakte vom 15. Oktober 1849 auf dem Grundstücke des Verklagten stehenden Kapitale von 700 Rthlrn. streitig, in dem jetzigen wird das ganze Kapital von 700 Rthlrn. eingeklagt. Jene 300 Rthlr. sind in diesen 700 Rthlrn. enthalten und als ein Theil derselben wiederum Streitgegenstand geworden. In beiden Prozessen hat Verklagter Zahlung der 300 Rthlr. behauptet, und auf deren Grund in dem ersten Prozesse, in welchem er als Kläger auftrat, Quittung darüber verlangt, in dem zweiten als Verklagter der auf Leistung der Zahlung gerichteten Klage widersprochen. Die jetzt vorgeschützte Zahlung war dieselbe, auf welche er sich in dem früheren Prozesse berufen hatte. Zwar weichen die Angaben über die Zeit derselben insofern ab, als sie nach der früheren Klage acht Tage vor Johanni 1851, nach seiner jetzigen Einlassung mit 250 Rthlrn. zu Johanni 1851, mit den übrigen 50 Rthlrn. zu Neujahr 1852 erfolgt sein soll. Allein auf diese Verschiedenheit kommt es nicht an. Verklagter hat selbst nicht zu behaupten vermocht, daß die in dem jetzigen Prozesse geltend gemachte Zahlung eine andere sei, ihre vom Appellations-Richter festgestellte Identität mit der früher behaupteten nicht angegriffen. In beiden Prozessen handelt es sich mithin um die nämliche Rechtsfrage, ob dieselbe Zahlung des Verklagten die Tilgung derselben Forderung des Klägers im Betrage von 270 Rthlrn. gewirkt habe. Das Judikat des Vorprozesses hat diese Frage durch

Digitized by Google

Abweisung des Klägers, des jetzigen Verklagten, mit dem Anspruche auf Quittungsleistung verneinend entschieden.

Dem Einwande in dem neuen Prozesse, daß er die Forderung durch jene Zahlung getilgt habe, steht die ergangene Entscheidung durchgreifend entgegen.

Der erhobene Zweifel, daß der Appellations-Richter der Entscheidung der Rechtsfrage eine zu ausgedehnte Geltung gegeben habe, trifft nicht zu. Es kann zugegeben werden, daß sie nicht auf ein von ihrem Gegenstande verschiedenes Objekt bezogen werden darf, wenn auch hinsichts beider Uebereinstimmung des Rechtsverhältnisses obwaltet, und dieselbe Rechtsfrage zur Beurtheilung kommt. Hier ist das Objekt kein verschiedenes. Verklagter hat den Einwand der Tilgung rücksichtlich derselben 270 Rthlr. aufgestellt, deren Tilgung schon in dem Vorprozesse behauptet und verworfen war. Von den Gründen der vorigen Entscheidung macht der Appellations-Richter keinen anderen Gebrauch, als daß er daraus den Gegenstand und die Rechtsfrage des Vorprozesses entnommen hat; dies war nicht nur zulässig, sondern für die Prüfung der Identitätsfrage, von welcher die Anwendbarkeit des Grundsatzes des res judicata wesentlich abhing, sogar nothwendig. Aus dem Tenor allein ließ sie sich nicht sicher beurtheilen, die Gründe ergaben erst den wahren Inhalt des Urtheils, die materiellen und rechtlichen Grenzen der getroffenen Entscheidung. Die Gründe haben nicht die Kraft eines Urtheils, allein sie dürfen dazu benutzt werden, um das eigentliche praktische Resultat der Entscheidung zu erkennen, wie dies bereits in dem Präjudikat, — vergl. Entscheidungen Bd, 17. S. 474. näher gerechtfertigt ist. Dies Resultat war, daß die streitigen 270 Rthlr. durch die jetzt eingewendete Zahlung nicht getilgt seien. Darüber hinaus hat der Appellations-Richter der Rechtskraft keine Geltung beigelegt und demgemäß nicht, der als verletzt bezeichneten Regel des § 38. I. 13. der Allgem. Gerichts-Ordnung zuwider, den Gründen die Bedeutung eines Urtheils gegeben. Daß aber Verklagter in dem vori-

Digitized by Google

gen Prozesse als Kläger, in dem jetzigen als Verklagter auftritt, daß ferner der Klageantrag in jenem auf Quittungsleistung, in diesem auf Zahlung geht, ist der Wirkung der Rechtskraft nicht hinderlich, da die Identität der Personen, des Gegenstandes und der Rechtsfrage die wesentlichen Momente bilden, von denen sie abhängt.

No. 11.—I. Senat. Sitzung vom 11. Juni 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Duisburg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Verlust des väterlichen Nießbrauchsrechts nach dem Duisburger Statutarrechte.

Die nach dem Duisburger Statutarrechte an den Vater wegen schlechter Verwaltung des seinem Nießbrauche unterworfenen Vermögens seiner Kinder zu erlassenden Aufforderung kann im Falle der Mitbetheiligung minderjähriger Kinder gültiger Weise auch vom Vormundschaftsgerichte ausgehen.

Duisburger alte Stadtkör von den Töchtern (Sammlung der bürgerlichen Rechte und Statuten der Stadt Duisburg, aus alten Signaten, Gerichts- und Körbüchern gezeichnet, 1662. S. 31.); Revidirter Entwurf des Provinzial-Rechtes des Herzogthums Cleve ostseits des Rheins § 33.

Das Statutarrecht der Stadt Duisburg, insbesondere die „alte Stadt-Kör von den Töchtern“ verordnet, daß der Leibzüchter, wenn er die (auf seine Kinder devolvirten) seinem Nießbrauche (Leibzucht) unterworfenen Gebäude und Grundstücke in unwirthschaftlichen Stand gerathen, oder die darauf ruhenden Lasten und Beschwernisse etliche Jahre auflaufen lasse — sobald

Digitized by Google

sich die Erbgenamen darüber beklagen würden, von dem Bürgermeister, Schöppen und Rath der Stadt Duisburg zur Abhülfe aufgefordert werden solle, worauf weiter wörtlich bestimmt wird:

und sollen die Beteringe und Wiedertimmeringe voergedacht geschehen binnen dem neigsten Jair, als ihnen dat te kenen gegeven ist, vor all die unbetalde Jairrenten und Last binnen gebührlicher Tydt te betalen; und woer solche Betalinge in manten voerg; nit gedan noch all solche Beteringe und Wiedertimmeringe binnen Jairs nit en geschehen, alsdann so soll der Tüchter oder Tüchtersche oer Liefstucht an solchen Erftalen hebben verloren und nimmer recht noch ansprach fürder daran te behalden.

Zufolge obervormundschaftlich genehmigter Vermögens-Auseinandersetzung vom 16. September 1848 devolvirten die von dem Schmidt Heinrich V. in Duisburg mit seiner am 4. Februar 1848 verstorbenen Ehefrau, Helene geb. K., gemeinschaftlich besessenen Immobilien auf deren sechs Kinder, wogegen dem Schmidt Heinrich V. das statutarische, lebenslängliche Nießbrauchsrecht daran eingeräumt wurde.

Der letztere verletzte hiernächst die ihm als Leibzüchter obliegenden Pflichten, indem er die Reparatur und Instandhaltung der Gebäude jener Grundstücke gänzlich vernachlässigte und die Hypothekenzinsen derartig anschwellen ließ, daß ihm in Folge dessen ein Kapital von 800 Rthlrn. gekündigt wurde. Dieserhalb trug schon im Jahre 1853 sein Sohn Wilhelm beim vormundschaftlichen Gerichte darauf an, ihm, dem Vater, den Nießbrauch zu entziehen, worauf dieser sich in der gerichtlichen Verhandlung vom 13. August 1853 zur Abtretung der Verwaltung bereit erklärte. Demnächst wurden seine minderjährigen Kinder unterm 15. Februar 1854 gegen ihn mit dem Antrage klagbar, ihn des ihm zustehenden statutarischen lebenslänglichen und des väterlichen Nießbrauchrechtes für verlustig zu erklären. — Der erste Richter wies die Kläger zur Zeit ab,

Digitized by Google

weil der Entsetzung des Nießbrauchs eine Aufforderung seitens des Prozeßrichters an den Verklagten zur Wiederherstellung des baulichen und wirthschaftlichen Zustandes binnen Jahresfrist vorhergehen müsse, hierzu aber die seitens des Vormundschafts-richters erlassene Aufforderung nicht genüge. Der Appellations-Richter erklärte den Verklagten des Nießbrauchsrechts an dem Grundvermögen für verlustig.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision des Verklagten das Appellations-Urtheil bestätigt — aus folgenden hier interessirenden

Gründen:

Der Verklagte macht jetzt einen Einwand geltend, wozu er erst durch die Urtheilgründe der Vorderrichter veranlaßt worden ist, indem er nämlich behauptet:

daß nach der (oben mitgetheilten) statutarischen Satzung der überlebende Ehegatte wegen schlechter Verwaltung nur dann seines statutarischen Nießbrauchsrechts verlustig erklärt werden könne, wenn ein Jahr vorher eine gerichtliche, d. h. vom Prozeßrichter erlassene, Aufforderung an ihn ergangen sei.

Wenn aber in jener Satzung von Bürgermeister, Schöffen und Rath die Rede ist, so folgt daraus nicht nothwendig, daß die Aufforderung von dem Prozeßrichter ausgehen müsse, sondern es muß der Ansicht des Appellations-Richters, daß hier, wo Minorenne betheiligt waren, die Aufforderung gültiger Weise auch von dem vormundschaftlichen Gericht habe erlassen werden können, um so mehr beigepflichtet werden, als man zur Zeit der Abfassung der Statuten nach der damaligen Gerichtsverfassung eine solche Aufforderung jener Behörde als der vormundschaftlichen Behörde ebenfalls für genügend erachtet haben würde.

Das andere vom Appellations-Richter selbst aufgeworfene Bedenken, daß ein Jahr nach der Aufforderung verflossen sein müsse, ehe der Verlust des Nießbrauchs ausgewirkt werden

Digitized by Google

könne, ist ebenfalls insoweit nicht begründet, als nur für die Wiederherstellung der Gebäude und Besserung der Grundstücke jenes Jahr, wogegen die Bezahlung der Last und Beschwernisse oder Jahresrenten binnen gebührlicher Zeit vorgeschrieben, und bei deren Unterlassung der Verlust des Nießbrauches in der gedachten Satzung angeordnet worden ist, — vergl. § 33. des revidirten Entwurfes des Provinzialrechts des Herzogthums Cleve ostseits des Rheins.

Wenn in dem Entwurf von Terlinden §§ 28. 29. (v. Roenne, Gütergemeinschaft in Cleve und Mark S. 135.), worauf der Revident sich bezieht, auch nur von der Jahresfrist die Rede ist, so beruht dies auf einer ungenauen Uebersetzung jener statutarischen Bestimmung.

No. 12. — II. Senat. Sitzung v. 12. Juni 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Stolp.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Cöslin.

Rechtsverhältnisse der Meliorations-Kolonistenhöfe in Pommern.

a. Der Anspruch auf die Meliorationsstelle nach der Kabinetsorder vom 16. Dezember 1775 ist nicht auf die in Gemäßheit derselben ursprünglich angesetzten Kolonisten und deren Rechts-Nachfolger beschränkt, und steht das Recht zur Wiederbesetzung der etwa erledigten Etablissements nicht den Gutsbesitzern sondern der Staats-Regierung zu.

b. Diese Stellen sind Eigenthum der Besitzer geworden, jedoch beziehen der Ministerial-Erlaß vom 20. Mai

Digitized by Google

1817 und das Regierungs-Publikandum vom 24. Juni 1817 sich nur auf die damaligen Stellen-Besitzer.*

Kabinetsorder wegen der Meliorations-Kolonistenhöfe in Pommern v. 16. Dezember 1775 (Rabe, Samml. Bd. 13. S. 140.); Reskript des Ministers des Innern vom 20. Mai 1817 und Publikandum der Regierung zu Cöslin vom 24. Juni 1817. (Amtsbl für 1817 S. 215.)

Die Mauergesell N.'schen Eheleute, der Brettschneider Martin S. für sich und seine drei minderjährigen Kinder, und sein großjähriger Sohn Schuhmacher Karl S. beanspruchten gegen den Gutsbesitzer P. zu Klein-Machmin in Pommern das Eigenthum eines angeblich mit Königlichen Meliorationsgeldern errichteten Bauerhofes und gründeten diesen Anspruch, unter Bezugnahme der oben bezogenen Verordnung und Erlasse, auf die Behauptung, daß ihre Rechtsvorgänger O. und beziehungsweise J. das zu diesem Bauerhofe gehörige Wohnhaus, und zwar jeder mit etwas mehr als vier Morgen Acker und mit zwei Morgen Wiesen, der O. von 1827 bis zu seinem am 27. Dezember 1852 erfolgtem Tode und der J. von 1811 bis 1845, pachtweise innegehabt hätten. — Die beiden Instanzrichter wiesen die Kläger ab, die Mitkläger S., Vater und Sohn, jedoch nur wegen mangelnder Aktivlegitimation. Der Appellations-Richter führte aus: der Anspruch, soweit er von den N.'schen Eheleuten erhoben worden, sei unter allen Umständen unbegründet, da ihr Rechtsvorgänger O. selbst aus der von der Königlichen Regierung zu Cöslin am 24. Juni 1817 publizirten Kabinetsorder vom 16. Dezember 1775 und deren ministeriellen Deklaration vom 20. Mai 1817 überall keine Eigenthumsrechte auf den prätendirten Bauerhof hätte geltend machen können, wenn dazu auch der bloße Pacht-Inhaber, welcher diesen seinen unvollständigen Besitz von der Gutsherrschaft selbst ableite, für legitimirt zu erachten wäre. Dazu würde dann der Besitz im

* Vergl. Entscheidungen Bd. 15. S. 393. ff.

Digitized by Google

Jahre 1817 erforderlich gewesen sein, während der O. die Wohnung des prätendirten Hofes nach der eigenen Angabe der R.'schen Eheleute erst von 1827 ab innegehabt hätte. Nicht minder müsse der Anspruch der Kläger S. für unbegründet erachtet werden, da der auf den Ministerial-Erlaß vom 20. Mai 1817 gegründeten Auslegung der Kabinetsorder vom 16. Dezember 1775, — daß auch dem unvollständigen, seinen Besitz von der Gutsherrschaft selbst ableitenden Besitzer eines mit Königlichen Meliorationsgeldern angelegten Grundstücks, welcher diesen Besitz im Jahre 1817 innegehabt habe, das Eigenthum dieses Grundstücks zustehe, — nicht beigepflichtet werden könne. Nach der Verordnung vom 16. Dezember 1775 stehe nur den nach der Bestimmung derselben angesetzten Kolonisten und deren Rechtsnachfolgern aus ihrem eigenen Rechte ein selbstständiger Anspruch auf die ihnen resp. ihren Rechtsvorgängern verliehenen Meliorationsstellen zu. Hierin werde auch durch den auf jene Verordnung bezüglichen Ministerial-Erlaß vom 20. Mai 1817 Nichts geändert, da auch dieser diejenigen Inhaber von Meliorationsstellen von dem Anspruche auf das Eigenthum derselben ausschließe, deren Titel, wie vorliegend, in ihren Annahmebriefen verändert worden. Es habe darin auch durch diesen Ministerial-Erlaß Nichts geändert werden können, weil derselbe nur als eine Interpretation der Verordnung vom 16. Dezember 1775 anzusehen, diese aber keine authentische sei, eine solche vielmehr nur von dem Gesetzgeber selbst ausgehen dürfe, und jene demnach die richterliche Interpretation nicht ausschließe. Der Staat möge nach der Verordnung vom 16. Dezember 1775 das Recht haben, von der Gutsherrschaft zu verlangen, daß die eingezogenen Meliorationsstellen nach Maaßgabe der Bestimmungen jener Verordnung mit Wirthen neu besetzt und diesen zum Eigenthum verliehen würden. Dagegen stehe demselben unter allen Umständen nicht das Recht zu, den zufälligen Inhabern der Stellen im Jahre 1817, welche zufolge Kontrakts mit dem Gutsbesitzer nur unvollständige Besitzer gewesen seien, wider den

Digitized by Google

Willen des letzteren Eigenthumsrechte zu verleihen. Nicht der Staat sondern die Gutsherrschaft habe das Recht der Wiederbesetzung (der Wahl des neuen Kolonisten), und so, wie der Staat selbst kein Eigenthumsrecht an den Meliorationsstellen habe, könne er auch solches den Inhabern dieser Stellen im Jahre 1817 nicht cediren. Dies sei auch in dem Ministerial-Erlasse vom 20. Mai 1817 dadurch anerkannt, daß darin nicht allein des Rückfalls der Meliorationshöfe an die Gutsherrschaft und der in Folge dessen (also von der Gutsherrschaft) zu bewirkenden Wiederbesetzung Erwähnung geschehe, sondern auch der Fiskus nicht für unbedingt befugt erachtet werde, zu verlangen, daß die eingezogenen Kolonistenstellen gerade den Inhabern derselben im Jahre 1817 verliehen würden; jener Erlaß vielmehr den Gutsbesitzern das Recht einräume, die Grundstücke auch andern Wirthen (also nach ihrer Wahl) nach Erledigung des Besitzes der Inhaber von 1817, deren Rechtstitel in ihren Annahmebriefen verändert worden, wie dies vorliegend der Fall sei, zu übertragen. Hiernach hätten auch die Kläger S. wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen werden müssen. Es könne daher auch dahin gestellt bleiben, ob die von den Klägern innegehabte Wohnung ursprünglich zu einem mit Königlichen Meliorationsgeldern angelegten Bauerhof gehört, dieser Bauerhof von der Gutsherrschaft im Anfange dieses Jahrhunderts eingezogen, das zu demselben gehörige Wohnhaus zu zwei Büdnerwohnungen eingerichtet, und diese dann mit je vier Morgen Acker und zwei Morgen Wiesen in Zeitpacht gegeben seien, und ob die Kläger unter diesen Umständen den ganzen Hof, oder nur das im Besitze ihrer Rechtsvorgänger gewesene Areal hätten beanspruchen können.

Das Ober-Tribunal hat die von den Klägern erhobene Nichtigkeitsbeschwerde in Betreff der N.'schen Eheleute verworfen und in Betreff der übrigen Kläger zwar für begründet erachtet, in der Sache selbst jedoch auch rücksichtlich ihrer das Appellations-Erkenntniß aufrecht erhalten.

Digitized by Google

Gründe:

Nach der thatsächlichen, implorantischerseits nicht angefochtenen, und darum zufolge § 16. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 bei der jetzigen Entscheidung lediglich zum Grunde zu legenden Feststellung des Appellations-Richters ist der Vater der verehelichten N., von welchem diese und ihr Mann ihren Anspruch herleiten, erst im Jahre 1827 zum Besitze desjenigen Theils der angeblich mit s. g. Meliorationsgeldern errichteten Stelle gelangt, deren anschlagsmäßige Dotation sie in Gemeinschaft mit dem Imploranten S. jetzt fordern. Ihnen kommt indeß der Erlaß des Königlichen Ministerii des Innern vom 20. Mai 1817 und das darauf beruhende Publikandum der Königl. Regierung zu Cöslin vom 24. Juni desselben Jahres, welche sich nur auf die damaligen Besitzer der s. g. Meliorationsstellen beziehen, keineswegs zu statten, und liegt darum ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß gegen die Deutung der gedachten Anordnungen und die Kabinetsorder vom 16. Dezember 1775 nicht vor. Auch ist das Rechtsverhältniß dieser Imploranten zu dem Imploraten dadurch nicht verändert, daß sie ihren Anspruch jetzt in Gemeinschaft mit den S. (Vater und Sohn) verfolgen, — wenigstens leuchtet in keiner Weise ein, noch ist sonst erläutert, wie hierdurch ein Rechtsgrundsatz hätte verletzt sein sollen, der zur Vernichtung des angefochtenen Urtheils hinführen könnte.

Was dagegen die Beschwerde der beiden S. (Vater und Sohn) anlangt, so irrt der Appellations-Richter allerdings rechtsgrundsätzlich, wenn er meint, daß nach der Kabinetsorder vom 16. Dezember 1775 nur den, auf den Grund derselben angesetzten (ursprünglichen) Kolonisten und deren Rechtsnachfolgern ein selbstständiger Anspruch auf die, jenen verliehenen Meliorationsstellen gebühre, — der Staatsregierung ein Recht zur Wiederbesetzung der etwa erledigten Etablissements nicht zustehe, dieses vielmehr den respektiven Gutsbesitzern vorbehalten

Digitized by Google

worden sei, — letztere die Wahl der neuen Kolonisten nach freiem Belieben treffen und dazu höchstens im Aufsichtswege angehalten werden könnten.

Der Appellations-Richter verkennt nicht minder die rechtliche Folge des Ministerial-Erlasses vom 20. Mai 1817 und des Regierungs-Publikandum vom 24. Juni desselben Jahres, wenn er meint, daß darin keine Disposition über die Meliorationsstellen getroffen, und keine Verleihung derselben an deren damalige Inhaber ausgesprochen sei, — und verstößt solchergestalt gegen die aus den allegirten Anordnungen sich ergebenden Rechtsgrundsätze, welche in dem, durch die amtliche Sammlung der Tribunals-Entscheidungen Bd. 15. S. 393. ff. veröffentlichten Urtheil vom 15. Mai 1847 näher entwickelt, seitdem konsequent festgehalten und hier um so weniger aufzugeben sind, als Nichts beigebracht worden ist, wodurch eine Aenderung der Ansicht gerechtfertigt werden könnte.

Wenn hiernach die Beschwerde der Imploranten über das zweite Erkenntniß materiell zwar begründet erscheint, so liegen dennoch andere Gründe vor, welche dessen Aufrechthaltung bedingen.

Ihrer eigenen Angabe nach hat nämlich ihr Rechtsvorfahr respektive Erblasser im Jahre 1817 zu der Zeit, wo die Kabinetsorder vom 16. Dezember 1775 anderweit publizirt ward, und die Ministerial- resp. Regierungs-Erlasse vom 20. Mai resp. 24. Juni 1817 ergingen, nur einen Theil derjenigen Stelle in Besitz gehabt, dessen ganze Dotation sie jetzt mit den Imploranten N.'schen Eheleuten beanspruchen; — einen andern Theil dieser Stelle hatte damals ein gewisser O. inne, welcher — wie behauptet wird — auf Antrag des damaligen Gutsbesitzers exmittirt sein soll, und dem dann der Rechtsvorfahr der Imploranten N.'schen Eheleute folgte, welcher indessen in keiner weiteren Beziehung zu jenem stand. Hiernach würde also nur der Mitbesitzer der Stelle oder eines Theils derselben im Jahre 1817 einen mit den Imploranten gemeinschaftlich verfolgbaren

Digitized by Google

Anspruch geltend machen können; sie selbst sind — nach Beseitigung desjenigen der Mitkläger N.'schen Eheleute — dazu für sich allein nicht legitimirt, und aus dem ihrem Rechtsvorfahr durch die Erlasse von 1817 gewährten Rechte wenigstens nicht befugt, die ganze Dotation des ursprünglichen Bauerhofes, dessen einen Theil ihr Erblasser als eine Büdnerstelle innehatte, zu fordern. Unter diesen Umständen bedarf es denn für jetzt keiner weiteren thatsächlichen Erörterung über das ursprüngliche Meliorationsgeschäft selbst, über die bestrittene Ausweisung eines Bauerhofes bei der neuen Schäferei, dessen angebliche Umwandlung in zwei Büdnerstellen und das etwaige Recht der Imploranten auf eine dieser letzteren, ebensowenig aber einer Entscheidung der Frage, welche Rechte den Inhabern derartiger Theilstücke eines Meliorations-Etablissements auf die ganze ursprüngliche Dotation desselben gebühren möchten.

Es mangelt hiernach diesen Klägern allerdings die Aktivlegitimation zu den gestellten Anträgen, freilich in einer andern Art, als sie vom Appellations-Richter aufgefaßt worden ist. Im Resultate stimmt aber die obige Betrachtung und Erwägung mit der früheren Entscheidung überein, weshalb es denn auch bei derselben zu belassen war.

No. 13. — IV. Senat. Sitzung v. 14. Juni 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Stettin.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Verpfändung eines Antheils an einer Hypothekenforderung. — Bedeutung der Urtheilsgründe hinsichtlich eines deutlichen Urtheilstenors. — Einfluß eines früheren Erwerb-Titels bei der Kollision mehrerer Hypothekengläubiger, sowie bei der Kollision der mehreren Gläubiger einer denselben im Wege der Exekution überwiesenen persönlichen Forderung.

a. Zur gültigen Bestellung eines Pfandrechts an dem Antheile einer Hypothekenforderung ist die Anfertigung

Digitized by Google

eines Antheils-Dokuments und dessen Uebergabe an den Pfandgläubiger erforderlich.

A. L. R. I. **11**. § 399., **20**. §§ 281. 285. 511. ff.; Gesetz v. 8. Februar 1811 (Ges.-Samml. S. 150.); A. G. O. I. **50**. §§ 377. 378.

b. Ist der Urtheils-Tenor deutlich, so bedarf es behufs dessen Auslegung des Zurückgehens auf die Entscheidungs-Gründe nicht.*

A. G. O. I. **13**. § 38.

c. Der Dispositionsfonds Seiner Majestät des Königs hat fiskalische Vorrechte.

A. L. R. II. **14**. §§ 11. 14. 16. 21. 66.; A. G. O. I. **50**. § 395.

d. Die §§ 21-23. I. 10. des Allgem. Landrechts betreffen den Fall der Kollision mehrerer Eigenthums-Prätendenten in Bezug auf die nämliche bewegliche Sache und finden daher auf den Fall der Kollision mehrerer Hypothekengläubiger keine Anwendung.

A. L. R. I. **19**. §§ 21-23.

e. Die §§ 4-6. I. 19. des Allg. Landrechts, betreffend die Wirkung der Einräumung des Besitzes an Einen unter den mehreren zur Sache persönlich berechtigten Personen, finden keine Anwendung, wenn mehrere Gläubiger sich dieselbe Forderung im Wege der Exekution überweisen lassen, und Einer derselben einen Titel zum Pfandrechte hatte.

A. L. R. I. **19**. §§ 4-6.

Die Majorin P., geb. v. T., verschuldete den v. P.'schen Erben aus dem Kaufvertrage vom 1. September 1812 einen Kaufgelder-Rückstand von 34,800 Rthlrn. Sie hatte für diesen

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 17. S. 284.

Digitized by Google

Rückstand das ihr verkaufte Gut Griesel zur Hypothek gestellt und außerdem den ihr gebührenden Antheil von 8450 Rthlrn. an einem zu Gunsten des General-Depositoriums des Kurmärkischen Pupillen-Kollegii auf dem v. Rappard'schen Gute Prusikow haftenden Hypotheken-Kapitale verpfändet. Von jenem Kaufgelder-Rückstand gediehen die Beträge von 1783 Rthlrn. 4 Sgr. 1 Pf. und 476 Rthlrn. 13 Sgr. 11 Pf. nebst Zinsen an den Kaufmann B., welcher mit denselben bei der Subhastation von Griesel gänzlich ausfiel. Da aber inzwischen der verpfändete Antheil an dem v. Rappard'schen Aktivum größtentheils realisirt und zum gerichtlichen Depositum gezahlt worden war, so machte B. mit mehreren andern Gläubigern auf diese Depositalmasse als Pfandgläubiger Anspruch. Diesem Pfandrecht widersprach der Dispositionsfonds Seiner Majestät des Königs rücksichtlich der demselben ebenfalls gegen die Majorin P. zustehenden beiden Forderungen von 5000 Rthlrn. und 3000 Rthlrn. Der Dispositionsfonds bestritt, daß die v. P.'schen Erben ein wirkliches Pfandrecht an dem v. Rappard'schen Aktivum erlangt hätten, da ihnen das verpfändete Hypotheken-Instrument nicht übergeben worden sei, und nahm seinerseits das dem Fiskus gebührende Vorzugsrecht der vierten Klasse in Anspruch. Diesem stellte B. die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen, weil der Dispositionsfonds mit demselben bereits gegen die Autorin des B., die verehelichte v. W., erhobenen Anspruche durch das Urtheil vom 31. August 1847 rechtskräftig abgewiesen worden sei. — Der Appellations-Richter erachtete die Verpfändung des v. Rappard'schen Aktivums für unwirksam und sprach dem Dispositionsfonds das fiskalische Vorrecht der vierten Klasse und das Vorzugsrecht als immittirter Gläubiger zu, indem er die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache verwarf. In letzterer Beziehung führte der Appellations-Richter aus: Die Gründe des Urtheils vom 31. August 1847, auf welche der § 38. I. 13. der Allg. Gerichts-Ordnung zurückzugehen nicht verbiete, ergäben, daß jene Abweisung nur

Digitized by Google

eine Abweisung zur Zeit habe sein sollen, — denn aus den Gründen gehe hervor, daß der Fonds zurückgewiesen sei, weil noch kein Verhältniß vorliege, welches eine Entscheidung der beregten Frage selbst zulasse, indem weder Konkurs- noch Prioritätsverfahren eröffnet sei. Wenn dagegen weiter in den Gründen auch ausgeführt sei, selbst für den Fall, daß die Frage zum Austrag gebracht werden könne, würde der Fonds wegen seiner mala fides abzuweisen sein, so ändere das die Sache nicht, da nicht auf diesem Motiv, sondern auf jenem, durch welches geradezu der Richter ausgesprochen habe, daß er in der Sache selbst nicht entscheiden könne und wolle, die Entscheidung beruhe.

Das Ober-Tribunal hat auf die von den Provokanten K. und B. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Urtheil dahin abgeändert, daß der Dispositionsfonds nicht vor der Forderung des K. und B. anzusetzen und zu befriedigen, sondern — diesen beiden Forderungen zusammengenommen gegenüber — nur für gleichberechtigt mit beiden Provokanten zu erachten, und mit ihnen in tributum aus der vorhandenen Masse zu befriedigen.

Gründe:

Die Imploranten gründen ihr Vorzugsrecht zunächst auf das von der Majorin P. für den Griesel'schen Kaufgelder-Rückstand mit ihrem Antheile an dem v. Rappard'schen Aktivum angeblich bestellte Pfandrecht. Der Appellations-Richter hat die gültige Bestellung eines Pfandrechts deshalb nicht angenommen, weil über das ganze v. Rappard'sche Aktivum ein Hypotheken-Dokument existirt habe, und von diesem zur gesetzlichen Begründung eines Pfandrechts ein Antheils-Dokument hätte abgezweigt und dem Pfand-Gläubiger hätte übergeben werden müssen, was nicht geschehen sei.

Durch diese Annahme soll, wie beide Imploranten behaupten, der Appellations-Richter gegen die §§ 281. 285. 515. 512.

Digitized by Google

288. 270. I. 20., § 399. I. 11. des Allg. Landrechts, §§ 377. 378. I. 50. der Allgem. Gerichts-Ordnung, und nach Behauptung des K. außerdem noch gegen § 655. I. 11. des Allgem. Landrechts, §§ 331. 337. 349. 350. 356. ff. der Deposital-Ordnung, gegen die Allerhöchste Kabinets-Order vom 4. Juni 1810 No. 1. und 14. und die §§ 275. 276. I. 20. des Allg. Landrechts verstoßen haben.

Diese Beschwerde ist unbegründet. Unbestritten existirte über das vom General-Depositorium des Kurmärkischen Pupillen-Kollegiums dem v. Rappard vorgeliehene ganze Kapital ein Hypotheken-Instrument. So lange das Kapital transferirbar war, wurde der Depositalverfassung gemäß dem darauf angewiesenen Kuranden nach erreichter Dispositionsfähigkeit sein Antheil baar ausgezahlt, und andere darauf substituirte Massen angewiesen; ebenso lange konnte daher auch von einer Verpfändung des dem ehemaligen Kuranden daran zustehenden Antheils nie die Rede sein. Die Möglichkeit dazu konnte mithin erst nach Aufhören der Transferirbarkeit eintreten. Die ganze Forderung, woran dem P. ein Antheil zustand, war im Hypothekenbuche eingetragen. Was vom Ganzen gilt, gilt auch von dem Theile.

Nach der allgemeinen Vorschrift des § 281. I. 20. des Allgem. Landrechts können ausstehende Forderungen überhaupt nur durch Aushändigung der darüber auf einen gewissen Inhaber ausgestellten Urkunden gültig verpfändet werden. — In Betreff der im Hypothekenbuche eingetragenen Forderungen verweiset der § 285. auf die §§ 511. ff. a. a. O., und § 515. erklärt auch in Betreff ihrer die allgemeinen Vorschriften in den §§ 280. ff. für anwendbar, während der § 512. für Cessionen, welche im § 511. in dieser Beziehung den Verpfändungen gleichgestellt sind, auf den Titel 11. Abschnitt 3. verweiset. Hier wird im § 399. zur Rechtsgültigkeit der Cession für den Fall, daß von mehreren in Einem Instrumente enthaltenen Forderungen nur Eine cedirt wird, erfordert, daß

Digitized by Google

von dem Instrumente eine beglaubte Abschrift gefertigt, auf diese die Cession gesetzt, auf dem Hauptinstrumente aber bemerkt werde, daß und welche der darin enthaltenen Forderungen cedirt sei. — Daß diese Vorschrift auch für Verpfändungen gilt, folgt aus dem Vorstehenden, daß sie aber auch für den Fall anwendbar ist, wenn nicht eine einzelne Forderung von mehreren, sondern ein Antheil an einer Forderung cedirt oder verpfändet werden soll, ergiebt sich nicht nur aus dem Gesetze vom 8. Februar 1811 (Gesetz-Sammlung No. 10. S. 150.), sondern ist auch im § 378. in Verbindung mit § 377. am Ende I. 50. der Allgem. Gerichts-Ordnung ausdrücklich vorgeschrieben.

Der Appellations-Richter hat auf diese Gesetze seine Entscheidung gestützt, er hat daher dieselben nicht verletzt.

Der § 288. a. a. O., welcher durch Nichtanwendung verletzt sein soll, paßt nicht, denn er setzt, abgesehen davon, daß er mindestens diese nicht einmal behauptete Bekanntmachung an den Schuldner erfordert, voraus, daß überhaupt über die Forderung, die verpfändet werden soll, kein Instrument vorhanden ist. Ein solches existirte aber, wie bemerkt, über die ganze Forderung, und wenn die P. über ihren Antheil noch kein abgezweigtes Dokument erhalten hatte, ein solches also auch nicht aushändigen konnte, so folgt daraus nach § 281. eben nur, daß sie bis dahin auch ihren Antheil nicht gültig verpfänden konnte; der § 288. ist also nicht durch Nichtanwendung verletzt.

Hat hiernach eine gültige Verpfändung dieses P.'schen Antheils überhaupt nicht Statt gehabt, so konnte auch solche nicht, sondern höchstens die Absicht der Verpfändung in den Depositalbüchern vermerkt werden, und ein Gesetz, welches dergleichen Vermerken die Kraft einer rechtsgültigen Verpfändung beilegt, ist nicht angegeben. Eine Rechtsverletzung fällt also dem Appellations-Richter auch deshalb nicht zur Last, daß er auf diese Vermerke ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt hat.

Es bleibt daher die Nichtigkeitsbeschwerde nur noch in Be-

Digitized by Google

ziehung auf das dem Königlichen Dispositionsfonds zuerkannte Vorzugsrecht zu prüfen. In dieser Beziehung ist nur die auf das Judikat vom 31. August 1847 gestützte, eine Verletzung der § 38. I. 13., §§ 64–66. der Einleitung und des § 1. I. 16. der Allgem. Gerichts-Ordnung sowie der Rechtsgrundsätze über die res judicata behauptende Beschwerde erheblich. — Dieselbe ist aber auch begründet. Denn durch das Erkenntniß vom 31. August 1847 ist der Königliche Dispositionsfonds als Kläger gegen die darin ausdrücklich benannten Majorin P.'schen Gläubiger — und zu diesen gehörte der Implorant K., wie der Rechtsvorgänger des Imploranten B. — mit seinem Antrage,

> ihn für befugt zu erachten, sich wegen seiner Forderung von 8000 Rthlrn. nebst Zinsen aus dem der Majorin P., gebornen v. T., an dem v. Rappard'schen Kapital von 76,000 Rthlrn. und den davon aufgesammelten und ferner zu erhebenden Zinsen zustehenden Antheil vorzugsweise und mit Ausschluß sämmtlicher Verklagten zu halten und daraus zu befriedigen,

abgewiesen worden. — Er hat sich dabei beruhigt und dasselbe rechtskräftig werden lassen. Dieses Urtheil ist unter denselben Parteien ergangen, und es ist derselbe Antrag, wie jetzt, erhoben. Dieser Antrag ist auch nicht etwa nur „zur Zeit“ oder „in angebrachter Art“ sondern ohne Beisatz, also lediglich, abgewiesen worden.

Dieser Tenor ist deutlich, und es bedarf nicht eines Zurückgehens auf die Entscheidungsgründe. Aber selbst wenn man diese berücksichtigen wollte, würden sie dem Dispositionsfonds doch nicht zur Seite stehen, da, obschon der erste Theil derselben für die Ansicht des erkennenden Richters, den Kläger nur zur Zeit abweisen zu wollen, zu sprechen scheint, doch der zweite Theil der Gründe — wiewohl inkonsequenterweise — sich mit der materiellen Prüfung des Anspruches beschäftigt und auszuführen sucht, daß dieselbe auch an sich unbegründet sei, woraus sich denn die allgemeine Fassung des

Digitized by Google

Tenors vollkommen erklärt. Dieser Tenor ist hier entscheidend; auf die Richtigkeit der Gründe, welche in keiner Art für die vorliegende Sache maaßgebend sind, kommt es nach § 38. I. 13. der Allgem. Gerichts-Ordnung nicht weiter an.

Der Anspruch des Königlichen Dispositionsfonds auf vorzugsweise Befriedigung vor den Imploranten aus dem fraglichen Aktivum respektive aus der in dessen Stelle getretenen Streitmasse ist sonach rechtskräftig zurückgewiesen. Der Appellations-Richter, wenn er die exceptio rei judicatae, der Deutlichkeit des Tenors ungeachtet, verwirft, hat den Rechtsgrundsatz der res judicata und die allegirten Gesetze verletzt. Sein Erkenntniß unterliegt daher der Vernichtung, ohne daß es einer Prüfung der übrigen Beschwerden bedarf, von welcher ohnehin die sich auf das vermeintliche Pfandrecht der Imploranten beziehende bereits nach Vorstehendem als unbegründet verworfen ist.

In der Sache selbst ergiebt sich zuvörderst aus dem gedachten Judikate nach dem Vorstehenden, daß der Königliche Dispositionsfonds den beiden Provokanten und Imploranten gegenüber ein Vorzugsrecht vor diesen wegen seiner ihrem Betrage nach unbestrittenen Forderung, — möge dasselbe gesetzlich auch vollkommen begründet sein, nicht in Anspruch nehmen darf. Insoweit mindestens müssen also die Einwendungen der Provokanten gegen den Distributions-Plan vom 18. Februar 1852 für begründet erachtet und das erste Urtheil abgeändert werden. Es fragt sich daher nur noch, ob, wie sie behaupten, den beiden Provokanten, oder einem von ihnen, ein Vorzugsrecht wegen ihrer dem Betrage nach ebenfalls unbestrittenen Forderungen vor der Forderung des Provokaten zusteht, — weil, wenn diese Frage zu verneinen, daraus von selbst die Gleichberechtigung des Provokaten und der beiden Provokanten folgt.

Ein Vorzugsrecht aus der angeblichen Verpfändung des der Majorin P. zugehörigen Antheils an dem v. Rappard'schen Aktivum kann ihnen, da solche Verpfändung nach der voraus-

Digitized by Google

geschickten Ausführung nicht rechtsgültig geschehen ist, nicht zugesprochen werden. — Wenn die Provokanten ein Vorzugsrecht auch bei dem Mangel eines rechtsgültigen Pfandrechts ferner eventuell darauf gründen, daß, da die v. P.'schen Erben mindestens einen Titel zum Pfandrecht gehabt, der Dispositionsfonds, bei seiner Kenntniß von diesem Titel, sich zur Zeit seiner Immission in bösem Glauben befunden, aus dieser Immission also kein Recht für sich erworben habe, so hat zwar das vorgedachte Judikat vom 31. August 1847 diesen Grund als Motiv für die erkannte Abweisung des Fonds mit hervorgehoben; darauf kann es indessen nicht ankommen, weil bloße Gründe nie in Rechtskraft übergehen, § 38. I. 13. der Allgem. Gerichts-Ordnung. Dieser Grund ist aber überall nicht zutreffend. Denn stände er auch wirklich dem Rechte des Dispositionsfonds aus der Immission durch das Ueberweisungs-Dekret vom 11. Juli 1844 entgegen, so gebühren doch demselben ganz unzweifelhaft fiskalische Vorrechte, so daß er sich auf das Recht aus der Immission nicht zu berufen braucht. Mit Unrecht bestreiten die Provokanten dem fraglichen Fonds jura fisci. Denn notorisch und unbestritten wird derselbe durch einen Theil der Staatseinkünfte gebildet, alljährlich im Staatshaushalts-Etat Seiner Majestät dem Könige zur Disposition behufs Gnadenbewilligungen gestellt und unter den Ausgaben des Finanz-Ministeriums in Ansatz gebracht. Ebenso geht aus den Akten hervor, daß die Verwaltung des Fonds bei der Rendantur des Staatsschatzes erfolgt, und seine Vertretung nach Außen hin durch die gemeinschaftlich vom Ministerpräsidenten und dem Finanz-Minister, als Chefs, geleitete Verwaltung des Staatsschatzes und Münzwesens respektive durch die von derselben mit Wahrnehmung der Rechte des Fonds beauftragte andere fiskalische Behörde, wie zum Beispiel im vorliegenden Falle durch die Königliche Regierung zu Stettin, geschieht.

Diese Thatsachen widersprechen aber geradezu der Behauptung der Imploranten, da der fragliche Fonds, falls er wirk-

Digitized by Google

lich zum Privatvermögen Seiner Majestät gehörte, nicht von fiskalischen Behörden, sondern durch die Beamten des Königlichen Hauses, das Hausministerium, verwaltet und vertreten werden, ebensowenig eine Stelle im Etat und unter den Ausgaben eines Staatsministeriums gefunden haben würde, am Allerwenigsten aber, wie dies im Jahre 1849 geschehen, dem Staatshaushalts-Etat eine Uebersicht der aus dem Fonds in den vorhergehenden Jahren geleisteten Zahlungen beigelegt worden wäre.

Sonach ist der Königliche Dispositionsfonds unzweifelhaft ein Theil des Staatsvermögens, aus dem er herstammt, und ihm würde daher an und für sich und abgesehen von dem fraglichen Judikate für seine Forderung nach § 395. I. 50. der Allgemeinen Gerichts-Ordnung in Verbindung mit den §§ 11. 14. 16. 21. 66. II. 14. des Allgemeinen Landrechts das Vorrecht der vierten Klasse zustehen. — Dies kann jedoch im vorliegenden Fall ganz dahin gestellt bleiben, ebenso, ob eventuell dem fraglichen Fonds auch wegen der der v. S. gezahlten 5000 Rthlr. nebst Zinsen dieses Vorrecht gebühren würde, da jedenfalls die aus der angeblichen mala fides des Fonds zur Zeit seiner Immission auf Grund der §§ 21-23. I. 10. und §§ 4-6. I. 19. a. a. O. erhobenen Einwendungen gegen die Wirksamkeit dieser Immission hinfällig sind. Denn die §§ 21-23. I. 10. a. a. O. behandeln nur die Kollision mehrerer Eigenthums-Prätendenten in Bezug auf die nämliche bewegliche Sache; sie können also im vorliegenden Falle keine Anwendung finden, da weder vom Imploranten noch seitens des Dispositionsfonds Eigenthums-Ansprüche auf das in Rede stehende Aktivum geltend gemacht sind. Dasselbe gilt von den §§ 4-6. I. 19. a. a. O., welche verordnen, daß, wenn Mehrere zu einer und derselben Sache von deren Besitzer ein persönliches Recht erlangt haben, derjenige vorgehen soll, dessen Recht durch die Einräumung des Besitzes dinglich geworden ist, vorausgesetzt, daß er nicht um

Digitized by Google

das Recht des Andern wußte, in welchem Falle ihm die Besitzeinräumung keinen Vorzug gewähren soll.

Auch diese Vorschriften passen nicht hierher, da sich hier ebenfalls zwei Personen gegenüberstehen, welche vertragsmäßig vom Besitzer auf die nämliche Sache persönliche Rechte eingeräumt erhielten. Im vorliegenden Falle kollidiren vielmehr die Rechte zweier Gläubiger, welche sich im Wege der Exekution dieselbe Forderung haben überweisen lassen, und von denen der Eine einen Titel zum Pfandrecht hat. Es konnten daher nur die hierher einschlagenden Vorschriften über Vollstreckung der Exekution angewendet werden. Durch diese wird es nun dem Gläubiger nicht verboten, im Wege der Exekution Befriedigung aus einem Gegenstande des Schuldners zu suchen, an welchem dieser einem Dritten ein Pfand oder anderes dingliches Recht einzuräumen beabsichtigt, aber nicht rechtsgültig bestellt hat, und mithin ist auch die Behauptung völlig grundlos, daß der Fonds durch seine Kenntniß vom Pfandtitel der Imploranten bei Nachsuchung der Immission in malam fidem versetzt sei.

Hierauf beschränken sich die Gründe, aus welchen die Provokanten ein Vorzugsrecht vor dem Provokaten prätendiren. Da sie nun solches nicht nachgewiesen haben, so folgt hieraus nach dem Vorbemerkten die Gleichberechtigung ihrer beiden Forderungen zusammengenommen mit der Forderung des Provokaten.

Digitized by Google

No. 14. — III. Senat. Sitzung v. 7. Juni 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wehlau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Königsberg.

Einwendungen des Schuldners gegen die einem Dritten im Wege der Exekution mit dem Rechte eines Assignatars überwiesene Hypothekenforderung.

Durch die im Wege der Exekution mit der Wirkung der Assignation an den Exekutionssucher geschehene Ueberweisung einer Hypothekenforderung erlangt derselbe kein Eigenthum an dieser Forderung, und muß er sich daher alle Einwendungen entgegensetzen lassen, welche der Schuldner nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen seinem Gläubiger entgegenzusetzen befugt ist.

A. L. R. I. **20**. §§ 423. ff. 520. ff.; **16**. §§ 251. 287. 288.; Gesetz vom 4. Juli 1822 §§ 1-5. und vom 4. März 1834 § 15. (Gesetz-Sammlung für 1822 S. 178. und für 1834 S. 31.)

Der Kaufmann S. hatte sich wegen einer gegen den Kaufmann M. erstrittenen Forderung das für den letzteren auf dem Grundstücke des Mühlenbesitzers N. eingetragene Kapital von 200 Rthlrn. im Wege der Exekution mittelst Verfügung vom 12. März 1853 mit der Wirkung der Assignation überweisen lassen. Er verlangte demnächst von dem N. Zahlung des Kapitals. — Der Verklagte wendete ein, daß er dem M. auf das eingeklagte Kapital abschläglich 100 Rthlr. gezahlt habe. — Das Gericht erster Instanz verstattete den Verklagten über die behauptete Zahlung der 100 Rthlr. zum Eide und verurtheilte im Schwörungsfalle den Verklagten nur zur Zahlung von 100 Rthlrn. Das Appellations-Gericht bestätigte dies Urtheil.

Das Ober-Tribunal hat die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Digitized by Google

Gründe:

Dem Appellations-Richter muß darin beigetreten werden, daß der von dem Verklagten aufgestellte Einwand der Zahlung durch die Vorschrift des § 522. I. 20. des Allgem. Landrechts nicht zu beseitigen ist.

Nach § 520. a. a. O. erlöscht, insoweit der Anspruch, für welchen die Hypothek bestellt worden, getilgt wird, auch das dingliche Recht des Gläubigers. Der Schuldner ist daher auch befugt, die Löschung der getilgten Post in Antrag zu bringen, § 521. Unterläßt jedoch der Schuldner, die Löschung in Antrag zu bringen, so kann er die Unterhandlung eines Dritten, worin derselbe mit dem eingetragenen Gläubiger redlicher Weise auf den Glauben des Hypothekenbuchs sich eingelassen hat, zum Nachtheil dieses Dritten nicht anfechten. Hiernach würde der Verklagte allerdings dem Kläger den Einwand der Zahlung nicht entgegensetzen können, wenn der Kläger befugt wäre, die Bestimmung in dem § 522. für sich in Anspruch zu nehmen. Dies muß aber mit dem Appellations-Richter verneint werden. Der rechtliche Grund davon liegt darin, daß Kläger nicht als ein Dritter im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, sondern in rechtlicher Beziehung mit dem eingetragenen Gläubiger eine Person darstellt. Dem Kläger ist die auf dem Grundstücke des Verklagten für den Kaufmann M. eingetragene Forderung nicht in Zahlungsstatt, sondern durch die Verfügung des Kreisgerichts zu Wehlau vom 12. März 1853 mit der Wirkung der Assignation überwiesen. Nach der Bestimmung im § 2. des Gesetzes vom 4. Juli 1822 hat sonach Kläger an jener in Beschlag genommenen Forderung die Rechte eines Assignatars mit der Vollmacht zur Einklagung der Forderung erhalten. Ist dies aber, so folgt aus dem gesetzlichen Begriff der Anweisung (§§ 251. 287. und 288. I. 16. des Allgem. Landrechts) ganz von selbst, daß dadurch eine Veränderung in dem Rechte des Gläubigers an dem Aktivum gar nicht vor sich gegangen, eine solche vielmehr nur bei dem Klagerechte eingetreten ist. Das

Digitized by Google

Eigenthum an dem Aktivum ist nach wie vor dem Exequendus, also dem eingetragenen Gläubiger, verblieben; der Kläger hat durch die gerichtliche Verfügung (§ 2.) nur die Ermächtigung erhalten, das Aktivum statt des Eigenthümers für seine eigene Rechnung zu erheben. Daß das Gesetz vom 4. Juli 1822 nur in diesem Sinne aufzufassen, ergiebt sich aber auch daraus, daß nach § 4. der Exekutionssucher verpflichtet ist, zu dem gegen den Schuldner zu führenden Prozesse den zu Exequirenden vorladen zu lassen, und daß nach § 5. der zu Exequirende mit seinem Schuldner einseitig und ohne Zustimmung des Exekutionssuchers keinen Vergleich zum Nachtheile des letzteren schließen kann. Denn diese Bestimmungen hätten begreiflich nicht getroffen werden können, wenn das Eigenthum des überwiesenen Aktivums auf den Exekutionssucher überginge. Ist aber das Eigenthum der für den M. eingetragenen Forderung diesem verblieben, ist der Kläger nur Namens desselben gegen den Verklagten aufgetreten, und verfolgt Kläger lediglich das dem M. zustehende Recht, so ergiebt sich von selbst, daß aus der nach § 2. des Gesetzes vom 4. Juli 1822 ertheilten Ermächtigung zur Klage kein Grund entnommen werden kann, welcher den Kläger ermächtigen könnte, die Bestimmung des § 522. I. 20. des Allgem. Landrechts für sich in Anspruch zu nehmen, weil er kein Dritter ist, auf welchen das Eigenthum der eingetragenen Forderung übergegangen; der Kläger muß sich vielmehr alle Einwendungen entgegensetzen lassen, welche Verklagter nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen seinem Gläubiger entgegenzusetzen berechtigt ist, also auch den Einwand der Zahlung.

Der in der Beschwerdeschrift in Bezug genommene, ebenfalls als verletzt bezeichnete § 15. des Gesetzes vom 4. März 1834 ist nicht geeignet, zu einem entgegengesetzten Resultate zu führen. Nach dieser Vorschrift erlangt zwar der Exekutionssucher durch die nach § 2. des Gesetzes vom 4. Juli 1822 demselben ertheilte Ermächtigung zur Einklagung und Einziehung

Digitized by Google

einer Aktivforderung das im § 447. I. 50. der Allg. Gerichts-Ordnung bestimmte Vorzugsrecht. Diese Vorschrift hat aber mit der hier zur Entscheidung vorliegenden Frage Nichts gemein. Denn daraus, daß der Exekutionssucher durch jene Ermächtigung eine vorzugsweise Befriedigung aus der Forderung andern konkurrirenden Gläubigern gegenüber erlangt, folgt keine Veränderung in dem Eigenthume der Forderung. Es bestätigt dies vielmehr, daß dieses Eigenthum nach wie vor dem Exequendus verbleibt.

Endlich ist in der Beschwerdeschrift noch auszuführen gesucht, daß nicht die §§ 520. ff., welche der Appellations-Richter zur Erwägung gezogen hat, sondern die §§ 423. ff. I. 20. des Allgemeinen Landrechts zur Anwendung kommen müssen. Dies ist aber schon an sich ein nutzloses Bemühen, da jene und diese Vorschriften auf demselben Prinzip beruhen, und gleiche Voraussetzungen bedingen. Die Behauptung des Imploranten ist aber auch ohne Grund, da es sich nicht von Einwendungen gegen die Wirksamkeit der hypothekarischen Eintragung, von Begründung des Hypothekenrechts, sondern von der Tilgung der eingetragenen Forderung, von der Aufhebung des Hypothekenrechts handelt, und daher allerdings die Vorschriften in den §§ 520. ff. maaßgebend sind.

No. 15. — V. Senat. Sitzung v. 19. Juni 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Greifswald.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Subsidiäre Alimentationspflicht des Großvaters eines unehelichen Kindes väterlicher Seits nach dem Gemeinen Rechte und nach dem Gerichtsgebrauche in Neuvorpommern und Rügen.

Die Frage: Ob der Großvater des unehelichen Kindes väterlicher Seits zur Alimentation desselben subsidiarisch

verpflichtet sei, ist in den Römischen Gesetzen nicht klar und bestimmt verneint, nach dem Gemeinen Rechte streitig,* und nach dem rechtsverbindlichen Gerichts-Gebrauche in Neuvorpommern und Rügen** zu bejahen.

Lex 5. Dig. de agnoscendis et alimendis liberis 25. 3.; Lex 2. Cod. quae sit longa consuetudo 8. 53., Lex 13. Cod. de sententiis et interlocutionibus 7. 45.; Cap. 5. X. de eo qui duxit in matrimonium; Provinzialrecht für Neuvorpommern und Rügen Thl. 1. Abth. 1. § 4. und Thl. 2. zu § 4. S. 65. ff.

Die unverehelichte Friederike H. zu Stuterhof in Neuvorpommern nahm bei dem Unvermögen des Vaters ihres außerehelich gebornen Kindes den väterlichen Großvater des letzteren auf dessen Alimentation gerichtlich in Anspruch. Die beiden Instanz-Richter verurtheilten den Verklagten nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen —

in Erwägung:

daß es zu den Kontroversen des Gemeinen Rechts gehört, ob der Vater zur Alimentation des unehelichen Kindes seines Sohnes verpflichtet ist oder nicht? daß sich zwar in neuerer Zeit die Mehrzahl der Rechtslehrer gegen die Bejahung dieser Frage erklärt hat; daß die Verneinung derselben sich jedoch in den Römischen Gesetzen und namentlich in der Lex 5. Dig. de agnoscendis et alimendis liberis (25. 3.) keinesweges durchaus klar und bestimmt ausgesprochen findet;

daß daher, wenn der Gerichtsgebrauch eines Landes, wo

* Vergl. Entscheidungen Bd. 20. S. 301. ff., woselbst vom Ober-Tribunal angenommen und ausgeführt worden ist, daß nach dem Gemeinen Rechte dem Vater eine Pflicht zur Ernährung der von seinem Sohne erzeugten außerehelichen Kinder nicht beigemessen werden kann.

** Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 14. S. 26.

Digitized by Google

das Gemeine Recht gilt, sich für die Bejahung jener Frage entschieden hat, sich von einem solchen Gerichtsgebrauche nicht sagen läßt, daß derselbe gegen klare Gesetze verstoße;

daß hiernach der Appellations-Richter nicht, wie ihm die Nichtigkeitsbeschwerde des Imploranten zum Vorwurfe macht, die ebengedachte Lex 5. und den daraus von dem Imploranten abgeleiteten Rechtsgrundsatz: „der Vater ist nicht verpflichtet, das uneheliche Kind seines Sohnes zu alimentiren," durch seine Entscheidung verletzt haben kann, da von ihm ausdrücklich festgestellt worden ist, daß der Gerichtsgebrauch in Neuvorpommern und Rügen der von dem ersten Richter festgehaltenen Ansicht, daß der Großvater des unehelichen Kindes väterlicher Seits subsidiarisch für die Verpflegung des Enkels haften müsse, nach langjähriger Praxis zur Seite steht; daß diese Feststellung als richtig, und jener Gerichtsgebrauch, weil derselbe sich, nach dem weiter unten Folgenden, durch Entscheidungen der früheren höchsten Instanz für Neuvorpommern und Rügen gebildet hat, als zu Recht bestehend und als rechtsverbindlich anerkannt werden muß;

in Erwägung ferner, daß es unter denjenigen Rechtslehrern, welche die Verpflichtung des Großvaters zur Alimentation des unehelichen Kindes seines Sohnes annehmen, zwar nicht minder streitig ist, ob diese Verpflichtung bei dem Unvermögen seines Sohnes unbedingt stattfindet, oder ob dieselbe nur dann erst eintritt, wenn auch die Mutter des Kindes wegen Unvermögens sich zu dessen Ernährung außer Stande befindet; daß es jedoch vorliegend auf diese Kontroverse nicht besonders ankommen kann, da von dem Imploranten überall nicht behauptet worden ist, daß die Implorantin, als Mutter des fraglichen Kindes, zu dessen eigener Ernährung vermögend und im Stande sei; daß es aber über das Gegentheil hiervon umsoweniger einer besonderen Feststellung bedurfte, als von der Implorantin, deren Mutter als Wittwe und Ortsarme zu Stuterhof lebt, bereits

Digitized by Google

mit ihrer Klage ein Attest der dortigen Ortsbehörde über ihre Armuth zu den Akten eingereicht worden ist; daß daher der Appellations-Richter, da es für denselben hiernach an aller Veranlassung fehlen mußte, über jene Kontroverse eine Entscheidung zu treffen, durch sein Erkenntniß den von dem Imploranten aufgestellten Rechtsgrundsatz: „der Vater ist das uneheliche Kind seines Sohnes nur subsidiarisch und nur insoweit zu alimentiren verbunden, als die Mutter des Kindes dazu nicht im Stande ist," ebenfalls nicht verletzt haben kann; in Erwägung endlich, daß der obgedachte, schon von dem ersten Richter näher nachgewiesene und durch die auch von dem Appellations-Richter festgestellte langjährige Praxis gebildete Gerichtsgebrauch für Neuvorpommern und Rügen, wie sich aus dem dortigen Provinzialrechte Theil III. Seite 104. ergiebt, auf Entscheidungen des früheren Königlichen Ober-Appellations-Gerichtes zu Greifswald beruht; daß diesen Entscheidungen, insoweit sie, wie hier nach dem Obigen der Fall ist, nicht wider die Gesetze sind, sondern Fragen betreffen, welche in den Gesetzen nicht deutlich entschieden worden, zufolge gesetzlicher Bestimmung (Provinzialrecht Theil I. Abtheil. 1. § 4. Seite 2. und Theil II. zu § 4. Seite 65. ff.) von den dortigen Gerichten nachgegangen werden soll; daß deshalb der gegen den Rechtsbestand und die verbindliche Kraft jenes Gerichtsgebrauches gerichtete Angriff des Imploranten als verfehlt erscheinen muß, da durch denselben keineswegs, wie von dem Imploranten zu behaupten gesucht wird, das bestehende Recht abgeändert worden; daß sich mithin dem Appellations-Richter nicht der Vorwurf machen läßt, durch die Anerkennung und Befolgung des fraglichen Gerichtsgebrauches die von dem Imploranten in Bezug genommenen Gesetze — lex 2. Cod. quae sit longa consuetudo 8. 53. und lex 13. Cod. de sententiis et interlocutionibus 7. 45. und die darin ausgesprochenen Rechtsgrundsätze verletzt zu haben;

daß aber das von dem Imploranten aufgestellte und gleichfalls als verletzt bezeichnete Rechtsprinzip: „der Gerichtsgebrauch

Digitized by Google

ist keine Rechtsquelle," wenigstens für Neuvorpommern und Rügen nicht als richtig anerkannt werden kann;

daß hiernach die eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde sich als unbegründet darstellt.

No. 16. — IV. Senat. Sitzung v. 21. Juni 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Paderborn.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Hypothek für ein Darlehn in Staatsschuldscheinen.

Dem von dem Hypothekenschuldner mit dem Hypothekengläubiger getroffenen Abkommen, daß das eingetragene in Staatsschuldscheinen gegebene Darlehn in Kourant nach dem Kourswerthe an dem Tage dieses Abkommens zurückgezahlt werden solle, können die übrigen Hypothekengläubiger nicht widersprechen.*

A. L. R. I. **16**. Anh. § 52. zu § 484., **11**. §§ 793. 795.; Deklaration vom 4. April 1811. (Gesetz-Sammlung S. 169.)

Auf der dem Ruben M. früher gehörigen Mühlenbesitzung haftete Rubrika III. No. 1., für den Grafen Ferdinand von S. ein dem ersteren am 10. April 1826 in Staatsschuldscheinen gegebenes Darlehn von 20,000 Rthlrn. Am 25. September 1828 kamen beide überein, die Darlehns-Forderung nach dem Kourse von 90 Prozent auf den Betrag von 18,000 Rthlrn. Kourant zu fixiren, und wurde dies Abkommen ebenfalls in das Hypothekenbuch eingetragen, jedoch vorbehaltlich der Rechte der übrigen eingetragenen Gläubiger, welche ihre Zustimmung zu dem Abkommen noch nicht ertheilt hatten. Zu diesen Hypothekengläubigern gehörte der Weinhändler M. Dessen Hypothe-

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 6. S. 204.

Digitized by Google

kenforderung ging später durch Abzahlung auf den Ruben M., den Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks und Konstituenten der Hypothek, und von diesem 1847 und 1848 durch Cession auf das Handlungshaus K. Söhne über. Die v. S.'sche Darlehnspost dagegen gedieh durch Cession vom 13. Oktober 1835 an den Banquier v. H., welcher einen Antheil von 3000 Rthlrn. dem Rechtsanwalt P. am 30. September 1839 weiter cedirte.

Das Grundstück kam im Jahre 1850 zur Subhastation. Im Kaufgelderbelegungs-Termine liquidirte P. 3000 Rthlr. Preußisch Kourant. Die Handlung K. Söhne bestritt die Richtigkeit des Liquidats, indem nach ihrer Ansicht P. nicht 3000 Rthlr. Kourant, sondern nur Staatsschuldscheine oder den zeitigen Kourswerth derselben mit 85 Prozent beanspruchen durfte, und zwar deshalb, weil weder sie, noch ihre Rechtsvorgänger ihre Zustimmung zu der im Jahre 1828 geschehenen Umwandlung der Darlehnsschuld gegeben hätten. Sie verlangten, daß P. die Differenz zwischen dem zeitigen und dem in dem Abkommen vom 25. September 1828 angenommenen Kourse mit 5 Prozent, also einen Betrag von 150 Rthln., von seinem Liquidate kürzen lasse. Bei dem Widerspruche des P. wurde dieser Betrag zu einer Streitmasse genommen. Demnächst klagte P. gegen K. Söhne auf Zuerkennung dieser Streitmasse, indem er der Ansicht war, daß durch den Uebergang der Hypothekenforderung des Weinhändlers M. auf den Schuldner Ruben M. das ursprünglich jenem zugestandene Recht, dem Abkommen vom 25. September 1828 zu widersprechen, durch Konfusion erloschen sei. Zugleich denunzirte er seinem Cedenten v. H., und dieser wieder seinem Rechtsvorgänger, dem Grafen v. S., litem, welche Beide dem Kläger assistirten.

Der erste Richter verurtheilte die Verklagten nach dem Klageantrage, der zweite Richter sprach die Masse den Verklagten zu. Der Appellations-Richter stützte seine Entscheidung auf folgende Gründe:

„Die Umwandlung der in Schuldscheinen zurückzuzahlenden

Digitized by Google

Darlehnsforderung von 20,000 Rthlrn. Staatsschuldscheinen in eine Darlehnsschuld von 18,000 Rthlrn. Kourant sei eine den übrigen eingetragenen Gläubigern nachtheilige Operation. Da der Kours dieser Papiere zu Münster am Tage der Hingabe 83⅓ pCt. gestanden, so hätten die 20,000 Rthlr. Staatsschuldscheine nicht in 18,000 Rthlr. sondern nur in 16,666⅔ Rthlr. Kourant umgewandelt werden können. Den Hypothekengläubigern stehe das Recht zu, solchen sie benachtheiligenden Dispositionen zu widersprechen. Diese Befugniß gehöre zu ihrem dinglichen Rechte und gehe mit der Hypothek auf jeden Cessionar über. Dadurch, daß der Schuldner den eingetragenen Gläubiger befriedige, erlösche nicht das bisher bestandene Verhältniß durch Konfusion; das Recht ruhe nur, und der Cessionar, dem die Forderung ohne Vorbehalt übertragen werde, trete wieder in die ursprünglich damit verbundenen Rechte. Dies rechtfertige sich aus Anhang § 52. zum Allgemeinen Landrecht. Verklagte hätten daher das dem Weinhändler M. ursprünglich zustehende Recht, dem Abkommen von 1828 zu widersprechen, erworben, umsomehr, als dieses Widerspruchsrecht nach Inhalt des Hypothekenbuches den Gläubigern ausdrücklich vorbehalten sei. Es sei unerheblich, wenn sie auch vor dem Erwerbe Kenntniß von dem Abkommen erhalten hätten."

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Litisdenunziaten Grafen v. S. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Urtheil bestätigt.

Gründe:

Die in der Urkunde vom 26. April 1826 verschriebenen 20,000 Rthlr. in Staatsschuldscheinen waren, wie der Appellations-Richter selbst annimmt, auch in Staatsschuldscheinen zurückzuzahlen. Solche Rückzahlung hatte der Gläubiger also nach § 793. I. 11. des Allgem. Landrechts zu fordern. Mit solcher Zahlung kam ihm dann aber auch der dann stattfindende Kours, also nicht blos der Kours vom 10. April 1826, zu

Gute. Für solche Staatsschuldscheine und solchen Kours war die Hypothek den Gläubigern von Haus aus verhaftet.

Als nun der Vertrag vom 25. September 1828 eingegangen werden sollte, hatte daher der Gläubiger ein Recht auf die Staatsschuldscheine selbst und ihren damaligen Kours. Folglich stand ihm und dem Schuldner auch das Recht zu, in den dadurch gegebenen Grenzen die Schuld in Kourant umzuwandeln. Dadurch wurde weder das Recht des Gläubigers gesetzwidrig erweitert, noch die Verbindlichkeit des Schuldners unzulässiger Weise erschwert. Es lag diese Umwandlung in dem ursprünglichen Umfange der Obligation, und dieser überschritt daher auch nicht die Grenzen des dafür bestellten Hypothekenrechts.

Diese Rechtsgrundsätze hat der Appellations-Richter verkannt und sein Erkenntniß war daher zu vernichten. — Was die Hauptsache anlangt, so ergiebt sich aus der Beurtheilung der Nichtigkeitsbeschwerde, daß das Abkommen vom 25. September 1828 völlig befugter Weise hat abgeschlossen werden können, und daß dadurch auch die Rechte der Verklagten nicht beeinträchtigt worden sind. Namentlich ist nicht erwiesen worden, daß durch Annahme eines Kourses der Staatsschuldscheine zu 90 Prozent bei dem gedachten Abkommen der Betrag der nach obiger Ausführung zulässigen Umwandlung in 18,000 Rthlr. Kourant überschritten worden wäre; es ist nur die Behauptung bestritten, daß damals die Staatsschuldscheine den Kours von 93 ½ Prozent gehabt hätten, worauf es aber nicht ankommt. Wenn hiernach das gedachte Abkommen nicht als ein solches angesehen werden kann, welches den Verklagten rechtswidriger Weise nachtheilig geworden wäre, so kann es darauf, daß es nur mit Vorbehalt der Rechte der Gläubiger im Hypothekenbuche eingetragen worden ist, nicht ankommen, weil ihnen ein Widerspruch dagegen, wie es abgeschlossen, nicht zustand. Aus demselben Grunde ist es auch unerheblich, ob die Verklagten von dem Abkommen vom 25. September 1828 und dessen Eintragung in das Hypothekenbuch zur Zeit, als sie Hy-

Digitized by Google

pothekengläubiger wurden, bereits Kenntniß hatten, und ebensowenig bedarf die Frage einer Erörterung, ob das ursprüngliche Recht der Verklagten, jenem Abkommen zu widersprechen, durch Konfusion untergegangen ist, oder nicht.

No. 17. – II. Senat. Sitzung vom 3. Juli 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt- und Kreis-Gericht in Danzig.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Nichteinführung des Gewerbesteuer-Edikts vom 2. November 1810 in die Stadt und das Gebiet Danzig.

Durch die mittelst Patents vom 9. September 1814 erfolgte Wiedereinführung der Preußischen Gesetze in die Stadt und das Gebiet Danzig ist das Gewerbesteuer-Edikt vom 2. November 1810 daselbst nicht mit eingeführt worden.*

Gewerbesteuer-Edikt vom 2. November 1810 (Gesetz-Samml. S. 79.); Publikations-Patent vom 9. September 1814 § 1. (Gesetz-Sammlung S. 89.)

Durch das Privilegium vom 10. August 1775 hatte die Stadt Danzig als damalige Grundherrin des Dorfes Osterwick dem Kruggrundstücke No. 12. daselbst das alleinige Krugrecht mit der Freiheit des Heckwerks gegen Entrichtung verschiedener Abgaben, namentlich einer jährlichen auf Lichtmeß zahlbaren Rente von 12 Rthlrn., an das Schulzenamt in Osterwick verliehen. Im Jahre 1853 verweigerte die Vormundschaft des minderjährigen Rudolph N., welcher jenes Grundstück von seinen Eltern ererbt hatte, die fernere Entrichtung der gedachten Rente, weshalb die Dorfschaft Osterwick unter der Behauptung, daß diese Abgabe dinglicher Natur, und der Rudolph N. daher als

* Vergl. Entscheidungen Bd. 27. S. 199.

Digitized by Google

Besitzer des belasteten Grundstücks sie abzuführen und in die hypothekarische Eintragung einzuwilligen verpflichtet sei, gegen ihn klagend beantragte: die Verpflichtung des Grundstücks zur Zahlung der jährlichen Rente von 12 Rthlrn. anzuerkennen, und den Verklagten zur Einwilligung in die „Hypothezirung" dieser Rente auf dem fraglichen Grundstücke, so wie zur Zahlung der zu Lichtmeß 1853 und der ferner fällig werdenden Rente von 12 Rthlrn. zu verurtheilen. — Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klägerin. Er wendete unter Anderem ein, daß die Abgabe als eine gewerbliche durch die neue Gesetzgebung aufgehoben sei. — Das Gericht erster Instanz wies die Klägerin ab. Das Gericht zweiter Instanz verurtheilte den Verklagten nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Die Behauptung, daß der § 30. des Gewerbesteuer-Edikts vom 2. November 1810 durch Nichtanwendung verletzt worden, erledigt sich dadurch, daß durch Art. 19. des Friedenstraktates vom 9. Juli 1807 die Stadt Danzig nebst Gebiet von Preußen abgetreten, erst im Jahre 1814 wieder in Besitz genommen worden, und durch das Patent vom 9. September 1814 (Gesetz-Samml. S. 89.) erst vom 1. Januar 1815 ab die Preußischen Gesetze wieder eingeführt sind, das Edikt vom 2. November 1810 aber als eine mit dem Allgem. Landrechte dort eingeführte Ergänzung oder Abänderung nicht angesehen werden kann. (Vergl. Lemann Statutarrechte der Stadt Danzig, Geschichte desselben §§ 13. 17–19. 22., und das Erkenntniß vom 24. Jan. 1854 in den Entscheidungen Bd. 27. S. 199. in Ansehung der Auslegung des § 1. des Patents vom 9. September 1814.) Es finden daher die §§ 1–3. der Allgem. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 hier Platz und sind nicht durch unrichtige Anwendung vom Appellationsrichter verletzt.

Digitized by Google

No. 18. — II. Senat. Sitzung vom 3. Juni 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Breslau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Ersitzung des Nutzungsrechts an Chausseegräben zur Gräserei und an den Bäumen daselbst.

Die Ersitzung des Nutzungsrechts an Chausseegräben zur Gräserei und an den Bäumen daselbst ist gesetzlich nicht ausgeschlossen.

A. L. R. II. **14.** §§ 24-26. 35., **15.** §§ 2. 8-10.

Der Freiherr v. S. behauptete, als Besitzer des Ritterguts Haltauf von den auf seinem Dominialfelde in und an den Gräben der dasselbe berührenden Breslau-Strehlener Staats-Chaussee befindlichen Weiden das Recht zur Baumnutzung und ebensoweit auch zur Grasnutzung an den Böschungen und Gräben der Chaussee gegen die Verpflichtung, die Gräben in Stand zu halten, durch Ersitzung erworben zu haben, und wurde, da die Königliche Regierung diese Benutzung ihm so wie andern Anliegern auf Anweisung des Königlichen Ministerii für Handel verboten hatte, gegen den Fiskus auf Anerkennung seines Nutzungsrechts zur Gräserei in den bezeichneten Gräben und an den Weiden klagbar. — Der Richter erster Instanz wies den Kläger ab. Der Richter zweiter Instanz legte demselben mit Rücksicht auf das Ergebniß der Beweisaufnahme einen Erfüllungs-Eid über die Ersitzung auf, und verurtheilte im Schwörungsfalle den Verklagten nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Nach § 21. II. 14. des Allgem. Landrechts sind Land- und Heerstraßen ein gemeines Eigenthum des Staats, die Nutzungs-

Digitized by Google

rechte derselben gehören nach § 24. a. a. O. zu den niederen Regalien, und diese können nach § 26. a. a. O. von Privatpersonen erworben und besessen werden; von der Erwerbung der Regalien gilt endlich nach § 35. Alles, was von der Verjährung gegen den Fiskus überhaupt verordnet ist (§§ 629. ff. I. 9. a. a. O.). Daß alle Nutzungsrechte, welche von Land- und Heerstraßen — außer deren Gebrauch zum Reisen und Fortbringen der Sachen — gezogen werden können, zu den niederen Regalien gehören, wird im § 8. II. 15. des Allgem. Landrechts wiederholt ausgesprochen, und wird in den §§ 9. und 10. bestimmt, wem die Benutzung der an den Landstraßen gepflanzten Bäume zusteht.

Hiernach kann es nicht zweifelhaft sein, daß die hier streitigen Nutzungsrechte — auch wenn die Gräben an der Chaussee als Zubehörungen derselben angesehen werden — von dem Imploranten durch Ersitzung erworben werden konnten.

Dem steht auch der § 2. a. a. O. nicht entgegen, welcher sagt:

> ohne besondere Erlaubniß des Staats darf sich Niemand eine Verfügung über solche Straßen (das ist Land- und Heerstraßen) anmaßen.

Es betrifft diese Vorschrift die Substanz, nicht die Nutzungen, wie aus dem § 4. a. a. O. hervorgeht, welcher lautet:

> der Staat hingegen ist berechtigt, die Land- und Heerstraßen, so wie er es zum Gemeinen Besten findet, zu verändern und zu verlegen.

Daß dagegen bezüglich der Nutzungen von Land- und Heerstraßen eine Ausnahme von der für die niederen Regalien hinsichtlich der Verjährung gegebenen Regeln stattfinden solle, ist weder aus dem § 2. Tit. 15. a. a. O. noch aus anderen Gesetzen erfindlich, und in diesem Paragraph daher auch kein Verbotsgesetz zu ersehen, welches der Ersitzung der hier streitigen Nutzungen hätte hinderlich sein können.

Die Neben-Nutzungen der Land- und Heerstraßen sind keine

Digitized by Google

Sachen außer dem Verkehr, wie die §§ 9. und 10. a. a. O. klar ergeben, da diese bezüglich der daran gepflanzten Bäume bestimmen, daß sie demjenigen zu Gute kommen, welcher die Bäume gepflanzt hat oder sie unterhalten muß, und der Appellations-Richter hat hiernach rechtsgrundsätzlich nicht gefehlt, insbesondere die vom Imploranten bezeichneten Gesetze §§ 1. 2. 3. 9. II. 15., §§ 3. und 4. I. 8., §§ 581. 589. 664. I. 9. und den § 108. I. 7. des Allgem. Landrechts — nicht verletzt, wenn er mit Rücksicht auf das Resultat der Beweisaufnahme dem Kläger einen Erfüllungseid bezüglich der Ersitzung aufgelegt, und im Falle der Leistung desselben ihm das Nutzungsrecht an den Chausseegräben für die Gräsereien und die Weiden zugesprochen hat.

Ebensowenig hat der Appellations-Richter aber geirrt, indem er die Redlichkeit des Besitzes angenommen, und insbesondere daraus gefolgert hat, daß der Kläger die Nutzung gegen Instandhaltung der Chausseegräben gezogen. Denn abgesehen davon, daß nach § 179. I. 7. des Allgemeinen Landrechts jeder Besitzer in der Regel die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich hat, so spricht auch eine Gegenleistung, für welche sonst gar kein Grund ersichtlich ist, dafür, daß die Forderung zu Recht besteht, daß wenigstens die Besitzergreifung fehlerfrei erfolgt ist. Auch ist nicht abzusehen, aus welchem Grunde die Gegenleistung sich allein auf die G r a s n u t z u n g beziehen soll, wie der Implorant meint, da die W e i d e n nach der Feststellung des Appellations-Richters i n und a n den Gräben stehen, und kein Grund erfindlich ist, warum die Nutzung der Bäume an den Land- und Heerstraßen, den Bestimmungen der §§ 9. u. 10. II. 15. des Allg. Landrechts ungeachtet, durch Verjährung nicht erworben werden könnte, besonders hier dem Fiskus gegenüber, der nicht dargethan hat, daß die fraglichen Bäume von ihm angepflanzt oder unterhalten worden sind.

Digitized by Google

No. 19. — III. Senat. Sitzung v. 4. Juli 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Sorau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Frankfurt.

Wirkung einer hypothekarischen Protestation nach § 22. der Exekutions-Verordnung vom 4. März 1834. — Böser Glaube des die Eintragung nachsuchenden Gläubigers.

a. Die auf den Antrag des Gläubigers bei dem Hypotheken-Richter von diesem in Gemäßheit des § 22. der Exekutions-Verordnung vom 4. März 1834 aus einem Judikate eingetragene Protestation hat nicht die Wirkung eines bloßen Arrestschlages, sie verleiht vielmehr dem Gläubiger an der Stelle ihrer Eintragung ein wirkliches Hypothekenrecht mit der Priorität nach der Zeit der Eintragung insofern, als hiernächst der obwaltende Anstand oder der Widerspruch des Schuldners gegen die Eintragung gehoben wird, und der Gläubiger zur Zeit der Eintragung der Protestation sich in gutem Glauben befand.*

Exekutions-Verordnung vom 4. März 1834 § 22. (Gesetz-Sammlung S. 31.); Hypotheken-Ordnung II. §§ 18. 57. 92. 153. 289-299. 489. ff.; A. L. R. I. **20**. §§ 417-421.

b. Ist der Gläubiger von dem Hypotheken-Richter bei der Benachrichtigung von der erfolgten Eintragung der Protestation und bei der Zustellung des Hypotheken-Instruments gleichzeitig davon in Kenntniß gesetzt, daß das Grundstück an einen Dritten veräußert sei, die Umschreibung des Besitztitels für denselben aber wegen Hindernisse noch nicht habe erfolgen können, so ist hierdurch dem neuen

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 16. S. 146. ff.

Digitized by Google

Eigenthümer gegenüber der böse Glaube jenes Gläubigers für dargethan zu erachten.*

A. L. R. I. **10**. §§ 7-10., **20**. § 410.

Für den Bäckermeister U. war auf dessen Antrag bei der Hypotheken-Behörde von dieser in Gemäßheit des § 22. der Exekutions-Verordnung vom 4. März 1834 aus einem Judikate vor Erlassung des Zahlungsbefehls auf das Grundstück seines Schuldners, des Gärtners M., eine Protestation eingetragen, und war er hiervon bei Zustellung des Hypotheken-Instruments mittelst Verfügung vom 2. August 1850 benachrichtigt worden. Durch dieselbe Verfügung war er zugleich davon in Kenntniß gesetzt worden, daß dies Grundstück am 31. Mai 1850 an die Ehefrau des Gärtners M. verkauft, die Umschreibung des Besitztitels für sie aber wegen obwaltender Hindernisse noch nicht erfolgt sei. Nachdem später, am 17. Oktober 1850, die Protestation in eine definitive Hypothek umgeschrieben worden war, verlangte die verehelichte M. im Beistande ihres Ehemannes von dem U. resp. dessen Erben die Löschung dieser Hypothek. — Der Appellations-Richter, die Protestation der Klägerin gegenüber für wirkungslos erachtend, verurtheilte die Verklagten nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat die von den Beklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zwar für begründet erachtet, in der Sache selbst jedoch die angegriffene Entscheidung dennoch aufrecht erhalten.

Gründe:

Der Grund, aus welchem der Appellations-Richter der für den Erblasser der Beklagten eingetragenen Protestation keine Wirksamkeit gegen die Klägerin, als wahre Eigenthümerin des belasteten Grundstücks-Antheils, beilegt, beruht in der Annahme, daß die Protestation die rechtliche Bedeutung eines Arrestschla-

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 4. S. 315, Bd. 11. S. 149. und 254., Bd. 12. S. 166.; Entscheidungen Bd. 22. S. 234.

Digitized by Google

ges habe. Mit Recht haben Beklagten diesen Grund als einen rechtswidrigen angefochten. Die Protestation ist in Gemäßheit des § 22. der Verordnung vom 4. März 1834 aus einem Judikate bei dem Hypotheken-Richter nachgesucht und von ihm verfügt. Das Judikat gab dem Erblasser der Beklagten einen Titel zur Hypothek gegen seinen Schuldner, den als Besitzer eingetragenen Ehemann der Klägerin. Der definitiven Eintragung der Hypothek stand noch der vorläufige Anstand entgegen, daß der nach § 22. a. a. O. erforderliche Zahlungsbefehl an den Schuldner noch nicht fruchtlos erlassen war. Die Protestation war, wie § 22. ausdrücklich ausspricht, dazu bestimmt, dem Gläubiger die Vorrechte aus seinem Titel zu erhalten. Nach dieser Voraussetzung ist es außer Zweifel, daß sie den s. g. Protestationen pro conservando jure et loco beizuzählen ist, zu deren Eintragung in geeigneten Fällen die Hypotheken-Ordnung II. §§ 18. 57. 92. 153. den Hypotheken-Richter ermächtigt und verpflichtet. Ueber Protestationen dieser Art handelt die Hypotheken-Ordnung speziell im sechsten Abschnitte §§ 289. ff., sie machen den Gegenstand der Vorschriften des Allgem. Landrechts I. 20. §§ 417–421. aus. Von einem Arreste sind sie ihrer Natur nach wesentlich verschieden. Sie finden niemals wegen blos persönlicher Anforderungen statt, und sind nur wegen Real-Ansprüche zulässig, die durch unverdächtige Urkunden oder sonst bescheinigt, aber wegen eines obwaltenden Hindernisses noch nicht zu einer definitiven Eintragung reif sind, — Hypotheken-Ordnung §§ 289. bis 291. a. a. O. Während Arreste vom Prozeßrichter verhängt werden, gehören sie zur Kompetenz des Realrichters, der das Hypothekenbuch führt, — § 292. daselbst. Die aus einem Titel zur Hypothek eingetragene Protestation zur Erhaltung der Rechte ist zwar nicht in allen Beziehungen einer wirklich intabulirten Hypothek gleichzustellen. Allein der § 298. a. a. O. giebt ihr die Wirkung, daß, so lange sie auf dem Grundstück haftet, alle mit demselben vorzunehmende Dispositionen

Digitized by Google

und darauf geschehene Eintragungen dem Protestanten in seinem wirklichen Rechte nicht nachtheilig werden können, und der folgende § 299. fügt hinzu, daß das streitige Realrecht, wenn es von dem Protestanten durch Urtheil oder sonst wirklich behauptet wird, ipso jure an die Stelle tritt, wo die Protestation eingetragen war, und allen nachher ingrossirten Posten vorgeht. In Uebereinstimmung hiermit verordnet der § 421. I. 20. des Allgem. Landrechts:

> durch eine gehörig eingetragene Protestation erhält der Gläubiger das Recht, die Forderung selbst nach gehobenem Widerspruche oder ergänzter Formalität an den Ort, wo die Protestation vermerkt ist, eintragen zu lassen.

Demgemäß kommt die Protestation in ihren Wirkungen mit der förmlichen Hypothekenbestellung darin überein, daß sie dem Gläubiger an der Stelle, wo sie eingetragen steht, ein wirkliches Realrecht mit der Priorität nach der Zeit der Eintragung sichert. Sie weicht darin von derselben ab, daß die volle Wirksamkeit des Hypothekenrechts suspendirt bleibt, bis der obwaltende Anstand oder der Widerspruch des Schuldners gegen die Eintragung gehoben ist. Daher ist die auf Grund des § 22. der Verordnung vom 4. März 1834 für den Erblasser der Beklagten vermerkte Protestation ihrem Wesen nach schon eine Hypothekenbestellung, nur eine vorläufige und bedingte.

Die Protestation kollidirt mit dem Eigenthumsrechte, welches Klägerin vor deren Eintragung an dem fraglichen Grundstücks-Antheil erworben hatte. Welchem von beiden Rechten der Vorzug gebühre, ist nach den Vorschriften des § 410. I. 20. in Verbindung mit den darin allegirten §§ 7–10. I. 10. des Allg. Landrechts zu beurtheilen. Ihnen gemäß behält die auf den Grund eines rechtsgültigen Titels gegen den eingetragenen Besitzer erfolgte Hypothekenbestellung ihre Kraft, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht der wahre Eigenthümer sei. In einem solchen Falle kann er zum Nachtheil

Digitized by Google

des letzteren durch die Eintragung kein Hypothekenrecht erlangen. Diese Grundsätze wendet der Appellations-Richter an, meint aber, da er die Protestation einem Arreste gleich stellt, daß es lediglich darauf ankomme, ob sich der Erblasser der Beklagten bei Umschreibung der Protestation in eine Hypothek in gutem Glauben befunden habe. Er verurtheilte die Beklagten zur Löschung, weil der Erblasser schon vor der am 17. Oktober 1850 erfolgten Umschreibung durch die Verfügung des Hypotheken-Richters vom 2. August desselben Jahres von dem früheren Eigenthumsrechte der Klägerin in Kenntniß gesetzt sei. Es war aber vielmehr, da die definitive Hypothek ganz an die Stelle der Protestation getreten ist, erheblich, ob der Erblasser zur Zeit der Eintragung der letzteren von dem Eigenthumsrechte der Klägerin unterrichtet war. Durch seine Ansicht verletzt der Appellations-Richter die allegirten Vorschriften. Seine aus einer unrichtigen Grundlage abgeleitete Entscheidung verfällt der Nichtigkeit.

Was die Hauptsache betrifft, so hat der Erblasser der Beklagten, soweit die Akten ergeben, von dem durch den Kaufkontrakt vom 31. Mai 1850 und hinzugekommene Uebergabe erworbenen Eigenthum der Klägerin an dem Grundstücks-Antheil zuerst durch die vorgedachte Verfügung des Hypotheken-Richters vom 2. August 1850 Kenntniß erhalten. In derselben ist er benachrichtigt worden, daß die von ihm beantragte Eintragung der Protestation vorgenommen sei, daß sein Schuldner den Grundstücks-Antheil an die Klägerin verkauft habe, daß aber die Umschreibung des Besitztitels auf sie wegen Hindernisse noch erfolgen solle. Diese gleichzeitige Mittheilung genügte, um den Erblasser hinsichts der Wirksamkeit der Protestation der Klägerin, als wahrer Eigenthümerin, gegenüber in bösen Glauben zu versetzen. Es handelt sich hier um eine aus einem gesetzlichen, exekutorischen Titel eingetragene Hypothek. Ob der Kollisionsfall einer gleichen Beurtheilung unterliegen würde, wenn die Hypothek eine kon-

Digitized by Google

ventionelle gewesen wäre, und ob alsdann nicht noch andere Momente in Betracht zu ziehen sein möchten, bleibt gänzlich dahingestellt. Bereits in dem Präjudikat Bd. 22. S. 234.* der Entscheidungen, auf dessen Gründe Bezug genommen werden kann, ist ausgeführt, daß es zur rechtsgültigen Erwerbung eines im Wege der Exekution eingetragenen Hypothekenrechts nicht genügt, daß der Gläubiger bei Nachsuchung der Eintragung in gutem Glauben war, die erfolgte Eintragung vielmehr wirkungslos ist, wenn er auf sein Eintragungsgesuch von dem bereits stattgefundenen und bei dem Hypothekenbuche angemeldeten Uebergang des Eigenthums an einen Andern seitens der Hypothekenbehörde in Kenntniß gesetzt wird. In dem vorliegenden Fall ist die Eintragung der Protestation verfügt, und die Einschreibung in das Hypothekenbuch vorgenommen worden, ohne dem Erblasser der Imploranten von dem bereits stattgefundenen Uebergang des Eigenthums auf einen Andern Nachricht zu geben. Die amtliche Benachrichtigung ist dem Erblasser der Imploranten vielmehr erst gleichzeitig mit der Insinuation des Hypotheken-Instruments zugegangen. Offenbar ist dies indessen geschehen, um dem Erblasser der Imploranten zu erkennen zu geben, daß er durch die Eintragung, wenngleich solche zur Abwendung sonstiger Nachtheile erfolgt sei, kein perfektes Recht erlangt habe, daß dieselbe vielmehr unbeschadet der Rechte des vorher bereits angemeldeten neuen Eigenthümers stattgefunden habe. Unter diesen Umständen steht zufolge des vorgedachten Präjudizes der Wirksamkeit des eingetragenen Hypothekenrechts der Grundsatz § 10. a. a. O. entgegen, welcher die Anwendung der Regel des § 410. auf den vorliegenden Fall ausschließt.

Als Erben sind Beklagte ganz in die Stelle ihres Erblassers getreten, gleich ihm müssen sie sich die Löschung der der Klägerin gegenüber wirksamen Hypothek gefallen lassen.

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 4. S. 315.

Digitized by Google

No. 20. — II. Senat. Sitzung vom 5. Juli 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Tilsit.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Insterburg.

Zulässigkeit des Rechtsweges hinsichtlich der Verpflichtung zu Kommunallasten.

Der Rechtsweg ist zulässig, wenn der als Besitzer eines Grundstücks zur Leistung städtischer Gemeindedienste Herangezogene seine Befreiung darauf stützt, daß das Grundstück nicht zum Stadtbezirke gehöre.

A. L. R. I. **14**. §§ 78. 99.

Der Mühlenbesitzer F. ist seit 1851 Eigenthümer eines Mühlenteiches, an dessen östlichem Ufer von der Schleusenbrücke bis zum Ballgarder Schlagbaum die zur Stadt Tilsit gehörige Dammstraße läuft, welche gegen den Teich durch eine der Stadtgemeinde zugehörige Barrière geschützt ist. Die mit Häusern besetzte östliche Seite der gepflasterten Straße wird bis zur Mitte des Straßendamms von den Hausbesitzern gereinigt. Die Reinigung der andern Hälfte — bis an die Barrière — war durch Verfügung der Polizei-Inspektion zu Tilsit vom 10. August 1852 dem F. als Eigenthümer des angrenzenden Mühlenteichs aufgegeben, bei seiner Weigerung auf seine Kosten bewirkt, und diese im Betrage von 9 Rthlrn. 14 Sgr. für die Monate August bis Dezember 1852 von ihm exekutivisch beigetrieben worden. Er hatte seine Weigerung auf den Vertrag vom 17. Februar 1736 gestützt, durch welchen die Stadt-Gemeinde sich gegen den Fiskus, dessen Rechte auf ihn übergegangen sind, zur Unterhaltung der Pflaster auf der Vorstadt Freiheit, in welcher die Dammstraße liegt, verpflichtet hatte. Er behauptete, daß zur Unterhaltung des Pflasters auch die Reinigung der Straße gehöre, welche demzufolge auch seit der Pflasterung der streitigen westlichen Hälfte, im Jahre 1835,

durch die städtischen Nachtwächter im Auftrage des Magistrats stets bewirkt sei. Er klagte demnach unter der ferneren Behauptung, daß der Mühlenteich nicht zum Stadtbezirke gehöre, gegen die Stadtgemeinde Tilsit mit dem Antrage, zu erkennen, daß er zur Reinigung der bezeichneten Hälfte der Dammstraße nicht verpflichtet sei, und die Verklagte zur Erstattung der 9 Rthlr. 14 Sgr. zu verurtheilen. — Die beiden Instanz-Richter wiesen den Kläger ab. Die Gründe des Appellations-Urtheils, soweit sie hier in Betracht kommen, sind folgende:

„Nur über Privatrechte ist eine Entscheidung des Richters zulässig, — § 1. der Einleitung der Allgem. Gerichts-Ordnung, und § 1. des Gesetzes vom 11. Mai 1842. Wenn aber Kläger behauptet, daß der Mühlenteich nicht zum Stadtbezirke gehöre, und er als Eigenthümer desselben zur Leistung städtischer Gemeindedienste aus diesem Grunde nicht verpflichtet sei, so verlangt er eine Entscheidung über Verhältnisse, die lediglich dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehören. In Bezug auf allgemeine Anlagen, denen sämmtliche Einwohner des Staats oder Mitglieder einer gewissen Klasse derselben nach der allgemeinen Landesverfassung unterworfen sind, ist der Rechtsweg nach den §§ 78. und 79. II. 14. des Allgem. Landrechts dem Belasteten nur dann gestattet, wenn er auf Grund eines Vertrages oder Privilegiums Befreiung verlangt, oder sich prägravirt glaubt; für Kommunallasten, die hinsichtlich ihrer publizistischen Natur den allgemeinen Staats-Lasten vollkommen gleich stehen, gilt dasselbe.“

In der Nichtigkeitsbeschwerde wurde dem Appellations-Richter die Verletzung der von ihm bezogenen §§ 78. und 79. II. 14. des Allg. Landrechts zur Last gelegt und ausgeführt: er habe nicht beachtet, daß jene Gesetze voraussetzten, daß die allgemeine Regel, nach welcher die Auferlegung der fraglichen Last oder Abgaben an sich auf die Person dessen zutreffe, der dennoch aus einem besonderen Grunde von ihr befreit zu sein glaubte. Die Behauptung des Klägers gehe aber gerade dahin, daß die all-

Digitized by Google

gemeine Regel, nach welcher die Reinigung des in Rede stehenden Weges als Kommunallast der Gemeinde Tilsit auf sämmtlichen zu dieser gehörigen Grundstücken ruhe, auf das von ihm besessene Grundstück keine Anwendung finden könne, weil es außerhalb des Gemeindebezirks gelegen sei. Die angezogenen Gesetzesstellen entschieden daher in dem vorliegenden Falle für die Ausschließung des gerichtlichen Verfahrens Nichts und seien daher von dem Appellations-Richter durch unpassende Anwendung verletzt.

Das Ober-Tribunal hat das Appellations-Urtheil vernichtet und unter Abänderung des ersten Urtheils nach dem Klageantrage erkannt.

Gründe:

In der Nichtigkeitsbeschwerde wird dem Richter vorgeworfen, daß er die §§ 78. 79. II. 14. des Allg. Landrechts unpassend angewendet habe, namentlich dadurch, daß er für die Verwerfung der Behauptung, daß der Mühlenteich nicht zum Stadtbezirke gehöre, und der Kläger aus diesem Grunde zur Leistung städtischer Gemeindedienste nicht verpflichtet sei, auf jene Gesetze Bezug nimmt.

Dieser Vorwurf ist begründet. Denn für den Fall, daß der Mühlenteich wirklich nicht zum Stadtgebiete gehört, können jene Vorschriften über die Zulässigkeit des prozessualischen Verfahrens über Abgaben im vorliegenden Falle allerdings nicht zur Anwendung kommen. Das angefochtene Urtheil war daher nach § 4. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 zu vernichten.

In der Sache selbst erscheinen die Anträge des Klägers gerechtfertigt. Denn seine Behauptung, daß die Verklagte verpflichtet sei, die Reinigung der fraglichen Straßenstrecke zu bewirken, ist dargethan. Unbestritten steht nämlich fest, daß die Stadtkommune Tilsit in dem Vertrage vom 17. Februar 1736, mittelst dessen Fiskus ihr die Kahn-, Ufer- und Steinpflaster-

Digitized by Google

gelder überwies, sich verpflichtet hat, die Straßen auf der Vorstadt und auf der Freiheit zu unterhalten. In der Klagebeantwortung hat die Verklagte selbst angegeben, daß der Vertrag jene Festsetzung enthält, und in der Beantwortung der Appellations-Rechtfertigungsschrift ist zugestanden, daß die Stadt die Unterhaltung des Straßenpflasters übernommen hat. Zu jenen Straßen gehört auch die hier in Rede stehende Dammstraße. Der erste Richter ist der Ansicht, daß die Pflicht der Unterhaltung nicht die Verpflichtung zur Reinigung der Straße in sich begreife. Dieser Ansicht läßt sich nicht beitreten, denn die Reinigung ist unbedenklich erforderlich, um die Straße in brauchbarem Stande zu erhalten.

Das Gegentheil hiervon ist auch nicht daraus zu folgern, daß in der Verordnung vom 16. Juni 1838, betreffend die Kommunikations-Abgaben, der § 11. festsetzt, daß durch die Uebernahme der Unterhaltung städtischer Straßenstrecken von Seiten des Staats in der bisherigen Verpflichtung zur polizeimäßigen Reinigung der Straßen Nichts geändert wird. Hierin ist weiter Nichts zu finden, als daß der Staat die Unterhaltung der Straßenstrecken, von denen dort die Rede ist, in einem unbeschränkteren Umfange, nämlich mit Ausschluß der polizeimäßigen Reinigung derselben, übernommen hat.

Ist nun aber hiernach nicht der Kläger, sondern die Verklagte zur Reinigung der oben erwähnten Straßenstrecke verpflichtet, so erscheint auch der Antrag des Klägers auf Erstattung der von ihm beigetriebenen Reinigungskosten begründet.

Digitized by Google

No. 21. — II. Senat. Sitzung v. 12. Juli 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Neisse.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Ratibor.

Ersitzung der Viehtriebsgerechtigkeit.

Die Viehtriebs-Gerechtigkeit ist auf einen bestimmten Wegeszug beschränkt, und wird daher durch den Wechsel im Orte der Handlungen der Besitz dieser Gerechtigkeit nicht fortgesetzt, mithin ihre Ersitzung ausgeschlossen.

A. L. R. I. 22. §§ 68. 69. 75. 79., 9. §§ 596. 666.

Der Bauergutsbesitzer P. behauptete, durch Verjährung das Recht erworben zu haben, sein Rindvieh nach Abräumung der Erndte über den Acker des Bauergutsbesitzers F. zu treiben. Dieser bestritt dies Recht und beantragte deshalb in der gegen jenen eingereichten Klage, demselben das Uebertreiben seines Rindviehs über seine, des Klägers, Grundstücke bei Strafe zu untersagen. — Der erste Richter erkannte nach diesem Antrage. Der zweite Richter wies den Kläger ab. Der letztere stellte nach dem Ergebniß des Zeugenbeweises fest, daß Verklagter und seine Vorbesitzer mindestens 30 Jahre hindurch bis zum Jahre 1853 alljährlich ihr Rindvieh nach Abräumung der Erndte über den Acker des Klägers so getrieben hatten, daß dabei die Rücksicht genommen wurde, nur da zu treiben, wo gerade schon Stoppelfelder vorhanden waren. Daher, so urtheilte der Appellations-Richter, müsse mit Rücksicht auf die §§ 13. und 14. I. 22. des Allgem. Landrechts und die dort allegirten Gesetzstellen, namentlich § 596. I. 9., dem Beklagten dieses Recht zugestanden werden; denn es sei eine unrichtige Ansicht des ersten Richters, daß das Gesetz bei einer Wegegerechtigkeit, einem Viehtriebe und ähnlichen Servituten immer einen bestimmten Weg voraussetze, welchen der Verjährende hätte einhalten müssen.

Digitized by Google

Der Kläger erhob die Nichtigkeitsbeschwerde, in welcher er dem Appellations-Richter einen Verstoß wider den § 666. I. 9. des Allgem. Landrechts zum Vorwurf machte, da hiernach das Eigenthum, welches der Besitzer der Sache oder des Rechtes durch die vollendete Verjährung verliere, niemals sich weiter erstrecke, als der Besitz selbst gegangen sei.

Das Ober-Tribunal hat das zweite Urtheil vernichtet und das erste Urtheil bestätigt.

Gründe:

Aus der Vorschrift des § 666. I. 9. des Allg. Landrechts erhellet, daß der Usukapionsbesitz fest abgegrenzt sein muß, weil ohne Besitzergreifung keine Art des Besitzes erlangt werden kann, — § 48. I. 7. a. a. O., und zur Besitznehmung nothwendig gehört, daß der Gegenstand derselben, er sei Sache oder Recht, genau bestimmt worden ist, — § 46. a. a. O. Eine Viehtriebservitut gehört aber in die Kategorie der Wegegerechtigkeiten, — §§ 68. 69. 75. 79. I. 22. a. a. O.; sie besteht mithin nicht in dem Rechte, jeden beliebigen Theil des mit dieser Servitut belasteten fremden Grundstückes zu deren Ausübung zu gebrauchen, sondern der Natur des Rechts nach ist dessen Gebrauch auf einen bestimmten Wegeszug beschränkt; der Wechsel im Orte der Handlungen entzieht denselben daher den Charakter der Einheit, welche die Fortsetzung des Besitzes erheischt, um zur Ersitzung zu führen, — § 596. I. 9. a. a. O. Dieses Prinzip bildet demnach auch die Grundlage des vom Imploranten ganz ungeeignet für seinen Anspruch benutzten Präjudizes No. 2319. (Entscheidungen Bd. 21. S. 374.), nach welchem bei einer durch Verjährung erworbenen Wegerechtigkeit der Berechtigte auf die in den §§ 78. und 79. I. 22. des Allg. Landrechts vorgeschriebenen Breite des Weges nur insoweit Anspruch zu machen berechtigt ist, als der Weg diese Breite während der Verjährungsperiode gehabt hat.

Digitized by Google

Gleich erfolgreich muß der fernere Angriff wegen Verletzung des § 14. I. 22. und der §§ 107. und 108. I. 7. des Allgem. Landrechts erachtet werden. Denn nach der eigenen faktischen Feststellung des Appellations-Richters hat der Verklagte während der ganzen Verjährungsfrist die Rücksicht genommen, nur da über das Grundstück des Klägers zu treiben, wo gerade schon Stoppelfelder vorhanden waren. Derselbe hat also keine freie Handlungen vorgenommen, und nur aus solchen können Rechte entstehen, — § 1. I. 3. a. a. O., sondern sich dabei nach den Verhältnissen gerichtet, deren Hervorbringung von der Willkür des Klägers abhing.

Bei freier Beurtheilung reichte zur Begründung der Klage die für die Uneingeschränktheit des Eigenthums streitende Vermuthung aus, — § 14. I. 19. und § 26. I. 22. des Allgem. Landrechts, — und die Einrede des Verklagten, lediglich auf die erwerbende Verjährung gestützt, ist aus den bei Beurtheilung der Nichtigkeitsbeschwerde erörterten Gründen zu verwerfen, da durch das Ergebniß des Beweisverfahrens nicht einmal das vom Appellations-Richter festgestellte Sachverhältniß vollständig dargethan wurde, in Betracht, daß von den abgehörten drei Zeugen der Joseph G., da er gleichfalls den Viehtrieb über die Aecker des Klägers in ähnlicher Art, wie der Verklagte, ohne erweislichen Grund ausübte, zur Sache wesentlich interessirt erscheint, der Zeuge R. aber nur vom Viehtrieb über die Stoppelfelder des Klägers, nicht aber über dessen Brachland, Auskunft gab.

Digitized by Google

No. 22. — III. Senat. Sitzung v. 13. Juli 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Demmin.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Stettin.

Vieh- und Wirthschafts-Inventar eines Landguts als fruchttragende Sache. — Rechte des dasselbe zurückbehaltenden Verpächters hinsichtlich der Früchte und Nutzungen.

a. Das auf einem Landgute befindliche Vieh- und Wirthschafts-Inventarium ist für eine fruchttragende Sache im Sinne der §§ 139. 140. I. 20. des Allg. Landrechts zu erachten.

b. Der Gutsverpächter ist daher berechtigt, von dem für ihn mit Arrest belegten und nach Exmission des Pächters zurückbehaltenen Vieh- und Wirthschafts-Inventar desselben in Anrechnung auf seine Pfandforderung die Früchte und Nutzungen zu ziehen und dieselben nur soweit, als sie seine Forderung übersteigen, herauszugeben verpflichtet.

A. L. R. I. 20. §§ 139-141.

Die Gutsbesitzer Geschwister v. P. hatten das dem Baron v. S., Pächter ihres Guts Lindefelde, gehörige Vieh- und Wirthschafts-Inventar wegen ihrer Forderungen aus dem Pachtvertrage mit Arrest belegen lassen, nach der am 3. Januar 1852 erfolgten Exmission desselben zurückbehalten und bis zu der am 18. Juni 1852 erfolgten Zurückgabe benutzt. Der Pächter v. S. behauptete, daß sie zu dieser ohne seine Genehmigung und gegen seinen Widerspruch erfolgten Benutzung kein Recht gehabt hätten und verlangte deshalb als angemessene Vergütung für diese Benutzung die Zahlung von 1315 Rthlrn. 15 Sgr. — Die Richter erster und zweiter Instanz wiesen den Kläger angebrachtermaaßen ab. Der Richter zweiter Instanz sah das

Vieh- und Wirthschafts-Inventar des Klägers als eine fruchttragende Sache im Sinne der §§ 139. ff. I. 20. des Allgem. Landrechts an, erachtete die Verklagten zu deren Benutzung und zur Anrechnung der gezogenen Früchte und Nutzungen auf ihre Forderungen für berechtigt, und hielt den Kläger nur für befugt, auf Rechnungslegung zu klagen.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers verworfen — aus nachstehenden

Gründen:

Dem zweiten Richter kann nur darin beigetreten werden, wenn er das verpfändete Vieh- und Wirthschafts-Inventar des Klägers als fruchttragende Sache im Sinne der §§ 139. 140. I. 20. des Allgem. Landrechts betrachtet und die Verklagten für berechtigt erachtet, — in Anrechnung auf die Pfandforderung — davon Früchte und Nutzungen zu ziehen. Es kommt hier nicht darauf an, daß unter den Inventarstücken auch solche Gegenstände sind, welche nur einen Gebrauchswerth haben, ohne Früchte zu tragen. Denn zufolge der §§ 139. 140. ist der Pfandinhaber „einer fruchttragenden Sache" oder, wie es im § 141. heißt, eines „nutzbaren Pfandes" berechtigt und verpflichtet, dasselbe zu verwalten und die Früchte und Nutzungen davon einzuziehen. Zu diesen Sachen gehören ohne Zweifel die in Beschlag genommenen Thiere und auch die Sachen, welche Implorant als nicht nutzbare, sondern nur brauchbare bezeichnet: Ackerwagen, andere Acker- und Wirthschaftsgeräthe, — solche Gegenstände, deren Gebrauch nothwendig ist, um das lebende Inventar nutzbar zu machen.

Implorant klagt ferner über Verletzung des § 150. I. 20. und des § 135. I. 14. des Allgem. Landrechts, weil der zweite Richter sagt: „aus jeder Verwaltung könne zunächst nur auf Rechnungslegung geklagt werden, der Eigenthümer dürfe nicht ohne Weiteres auf Herausgabe der erhobenen Einnahmen, oder der gezogenen Nutzungen klagen." — Diese Beschwerde wird

Digitized by Google

jedoch, abgesehen von ihrer Erheblichkeit, dadurch beseitigt, daß der zweite Richter einen andern selbstständigen, einem Angriffe nicht unterworfenen Grund giebt, aus welchem er die Klage auf Herausgabe bezüglich Zahlung der Nutzungen in angebrachter Art zurückweiset, indem er sagt: Die Verklagten brauchten die gezogenen Vortheile nur soweit herauszugeben, als sie ihre Forderung übersteigen. Kläger hat nirgends behauptet, daß er seine Verbindlichkeiten aus dem Pachtvertrage vollständig erfüllt, bezüglich die sämmtlichen Pachtgelder berichtigt habe.

No. 23. – I. Senat. Sitzung vom 13. Juli 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Bartenstein.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Königsberg.

Subsidiarische Verpflichtung der Großeltern väterlicher Seite zur Unterhaltung und Erziehung des unehelichen Kindes ihres unvermögenden Sohnes.

Der § 628. II. 2. des Allgem. Landrechts, betreffend die Verpflichtung der Großeltern väterlicher Seite zur Unterhaltung und Erziehung des unehelichen Kindes ihres unvermögenden Sohnes, findet keine Anwendung, wenn die Mutter während der Konzeptionszeit mit mehreren Mannspersonen sich eingelassen hat.*

A. L. R. II. 2. § 628.

In einem Vorprozesse war laut Purifikations-Resolution vom 3. Oktober 1853 der Ferdinand K. als Zuhalter der unverehelichten Louise A. zur Alimentation des von derselben am

* Vergl. Präjudiz No. 1872. vom 3. Mai 1847, Präjudizien-Sammlung Seite 173.

Digitized by Google

11. Januar 1852 gebornen Kindes Johanna Louise mit 12 Rthlrn. jährlich bis zu dessen zurückgelegtem 14. Lebensjahre verurtheilt worden, die Exekution gegen ihn nach dem Berichte des Exekutors aber fruchtlos ausgefallen. Die Louise A. und der Vormund ihres Kindes trugen hierauf in einer gegen die Eltern des Ferdinand K. erhobenen Klage darauf an, dieselben als solche zur Zahlung jener Alimente für schuldig zu erklären. — Die Beklagten wendeten ein, daß die Klägerin in der Konzeptionszeit vom 1. April bis 15. Juni 1851 auch mit andern Mannspersonen sich fleischlich vermischt habe, und verlangten daher die Abweisung der Kläger. — Durch das in zweiter Instanz bestätigte Urtheil erster Instanz wurde die Klägerin zu einem nothwendigen Eide darüber verstattet, daß sie während der gedachten Konzeptionszeit mit dem Knecht August G. den Beischlaf nicht vollzogen habe, im Schwörungsfaell wurden die Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt, im Nichtschwörungsfalle wurden Kläger abgewiesen. Der Appellationsrichter führte aus: die Klägerin habe in zweiter Instanz zugestanden, mit dem Kutscher N. in der Zeit von Martini 1848 bis dahin 1850 im vertrauten Umgange gelebt zu haben; es habe jedoch einer Beweisaufnahme über diese Behauptung der Beklagten nicht bedurft. Denn der vom ersten Richter der Klägerin auferlegte Eid könne überhaupt nicht für erheblich erachtet werden, die Beklagten hätten vielmehr geradehin nach dem Klageantrage verurtheilt werden müssen, so daß sie keinen rechtlichen Grund hätten, über das erste Urtheil sich zu beschweren, wenn auch, wie geschehen, auf den Eid erkannt worden sei. Es verordne nämlich der § 628. II. 2. des Allgemeinen Landrechts klar und bestimmt:

> Ist der Vater für den Unterhalt und die Erziehung des (unehelichen) Kindes solchergestalt zu sorgen nicht vermögend, so geht diese Pflicht auf die Großeltern von väterlicher Seite über,

und es erscheine ungerechtfertigt, wenn in dem Ober-Tribunals-

Digitized by Google

Präjudiz No. 1872. vom 3. Mai 1847 ausgesprochen sei, daß die angeführte Gesetzstelle keine Anwendung finde, wenn eine geschwächte Frauensperson in der Zeit der Empfängniß ihres Kindes mit mehreren Mannspersonen sich eingelassen habe. Denn in dem Abschnitt 9. II. 2. des Allgem. Landrechts, insbesondere in den §§ 612. ff., werde, — wie der Zusammenhang dieser Gesetzstellen, insbesondere die Vorschriften in den §§ 618. und 619., deutlich ergäben, nach welchen, wenn die Mutter zur Zeit der Empfängniß des Kindes mit mehreren Mannspersonen zugehalten habe, jeder derselben auf Erfüllung der einem unehelichen Kinde schuldigen Pflichten in Anspruch genommen werden könne, — unter dem Ausdruck „Vater" nicht der wirkliche Erzeuger, sondern jeder Zuhalter aus der Zeit der Empfängniß des Kindes verstanden, und daher könnten mit den dort im § 628. gebrauchten Worten: „Großeltern väterlicher Seite" auch nur die Eltern eines solchen Zuhalters der Geschwächten gemeint sein.

Das Ober-Tribunal hat auf die von den Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil vernichtet und die Sache zur Beweisaufnahme und anderweitigen Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen.

Gründe:

Die von dem Richter zweiter Instanz nicht gebilligte, in dem Präjudiz No. 1872. des Ober-Tribunals vom 3. Mai 1847 enthaltene Auslegung des § 628. II. 2. des Allg. Landrechts beruhet auf der Erwägung, daß diese letztere Vorschrift in keiner wesentlichen Verbindung mit den in den §§ 619. und 620. daselbst gegebenen, die mehreren Zuhalter eines Frauenzimmers betreffenden Bestimmungen stehet, und alle sachliche Gründe gegen die Ausdehnung jenes Grundsatzes auf diesen letzteren Fall sprechen. Es ist bekannt, daß in dem ersten gedruckten Entwurfe des allgemeinen Gesetzbuches die ebengedachten §§ 619. und 620. fehlten, und der ganze Zusammenhang der damals

Digitized by Google

gegebenen Bestimmungen lediglich auf der Voraussetzung eines einzigen Stuprators beruhete. Dieser war daher der präsumtive Vater des Kindes, und seine Eltern wurden subsidiarisch für mitverpflichtet erklärt, weil, wie Suarez in den Schlußvorträgen sich ausdrückte: „der partus doch immer der Enkel sei, und die väterlichen Großeltern nicht selten durch schlechte Erziehung, übles Beispiel, gestattete Freiheiten oder ohne Grund verweigerten Ehekonsens, den Sohn zu Ausschweifungen verleiteten.“ Erst in Folge eines Moniti gegen jenen Entwurf entschied sich Suarez bei der revisio monitorum dafür: „daß, wenn die Mutter sich zu gleicher Zeit mit Mehreren abgegeben habe, der Kurator gegen jeden derselben solle klagen, und wenn der zuerst belangte Stuprator nicht zahlungsfähig sein sollte, jener einen anderen solle angreifen dürfen.“ — Nun erst wurden die gegenwärtigen §§ 619. und 620. eingeschoben. Sie betreffen nur den Anspruch des Kindes gegen diese Stupratoren, sind ganz singuläre Vorschriften für diesen Fall, und beschränken sich auch ihrem Wortlaute nach darauf, jeden der mehreren Zuhalter „auf Erfüllung der einem unehelichen Kinde schuldigen Pflichten“ in Anspruch nehmen zu lassen. Daß damit nicht ausgedrückt sein sollte, daß alle Rechte, die einem unehelichen Kinde gegen seinen Vater zustehen, von jenem gegen jeden der mehreren Zuhalter seiner Mutter geltend gemacht werden können, ergiebt auch der § 653. a. a. O., welcher einem solchen Kinde das ihm sonst gebührende gesetzliche Erbrecht am Nachlasse seines natürlichen Vaters in dem Falle abspricht, wo die Mutter um die Zeit der Erzeugung mit mehreren Mannspersonen zugehalten hat. Ebenso, wie in diesem Falle die Vermuthung, daß das Kind von dem bestimmten Manne erzeugt sei, nicht stattfindet, und deshalb ein Erbrecht dem Kinde nicht bewilligt wird, verhält es sich auch mit der Anwendung des § 628.; sie kann nur eintreten, wenn jene Vermuthung zulässig erscheint, da nur alsdann von wenigstens muthmaßlichen Großeltern des Kindes von väterlicher Seite sich reden lässet, gegen

Digitized by Google

welche die von Suarez geltend gemachten Gründe ihrer subsidiären Verpflichtung Platz greifen. Die §§ 619. und 620. sprechen darum auch nur von Zuhaltern, nicht vom Vater, noch weniger von Vätern des Kindes, während sonst in dem ganzen Abschnitte stets vom unehelichen „Vater" die Rede ist.

Diese §§ 619. und 620. sollen dem Kinde eben nur den Lebensunterhalt, so lange es diesen nicht selbst erwerben kann, gegen die mehreren Zuhalter seiner unzüchtigen Mutter sichern, weiter gehende, auf der Wahrscheinlichkeit eines blutsverwandtschaftlichen Verhältnisses beruhende Ansprüche des Kindes aber müssen mit dieser Voraussetzung selbst hinwegfallen. Es läßt sich durchaus nicht annehmen, daß das Gesetz, das in einem solchen Falle doch nicht mehrere Väter des unehelichen Kindes kennt, mehrere Reihen von Großeltern demselben habe schaffen wollen.

Muß hiernach die Nichtigkeitsbeschwerde für begründet erachtet werden, so kann doch in der Sache selbst eine Entscheidung noch nicht erfolgen. Denn die von dem Verklagten aufgestellte Behauptung ist durch den in erster Instanz erhobenen Beweis nicht dargethan. In zweiter Instanz ist eine neue Thatsache, nämlich der vertraute Umgang der Mitklägerin mit dem N., der um die Zeit von Ostern 1851 fortgedauert haben soll, unter Beweis gestellt worden, und dieser Beweis ist daher durch Vernehmung der darüber vorgeschlagenen Zeugen zu erheben, und demnächst anderweit in zweiter Instanz zu erkennen.

Digitized by Google

No. 24. — I. Senat. Sitzung vom 13. Juli 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Stadt- und Kreis-Gericht in Danzig.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Verlust des Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts des in Konkurs gerathenen Ehemannes an dem eingebrachten Vermögen der Ehefrau.

a. Die über das Vermögen des Mannes, wenngleich auf Antrag anderer Gläubiger, erfolgte Eröffnung des Konkurses ersetzt den sonst zur Begründung der Klage auf Rückforderung ihres Eingebrachten von der Frau zu führenden Nachweis, daß der Mann ihr den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren nicht mehr im Stande sei. Erst wenn der Mann seinerseits sodann darthut, daß er wieder zu besseren Vermögensumständen gelangt ist, kann er fordern, daß ihm die Verwaltung und der Nießbrauch des Eingebrachten zurückgegeben werden.

b. Die Bestimmung des § 261. II. 1. des Allgem. Landrechts, nach welcher die Verwaltung und Nutzung des aus dem Konkurse geretteten Eingebrachten an die Frau zurückfällt, — findet auch auf ein von der Frau nach Eröffnung des Konkurses erworbenes die rechtliche Natur des Eingebrachten annehmendes Grundstück Anwendung.

A. L. R. II. 1. §§ 258. 261. 264.

In Folge des über das Vermögen des Kaufmanns G. in Danzig eröffneten Konkurses war das zur Masse gehörig gewesene Grundstück zur nothwendigen Subhastation gezogen und von seiner mit ihm in getrennten Gütern lebenden Ehefrau meistbietend erstanden worden. Sie verlangte hiernächst die

Digitized by Google

Verurtheilung ihres Ehemannes, sich jeder Disposition über das Grundstück, insbesondere des Abschlusses und der Verlängerung von Miethsverträgen, zu enthalten. — Der Richter erster Instanz wies die Klägerin ab. Der Richter zweiter Instanz verurtheilte den Verklagten nach dem Klageantrage.

Die von dem Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen — aus nachstehenden

Gründen:

Die §§ 258. 261. 264. II. 1. des Allg. Landrechts lauten im Zusammenhange mit den darauf bezüglichen früheren Vorschriften:

§ 185.: Der Mann ist verbunden, seiner Frau standesmäßigen Unterhalt zu gewähren.

§ 205.: Durch die Vollziehung der Ehe geht das Vermögen der Frau in die Verwaltung des Mannes über.

§ 231.: In Ansehung des eingebrachten Vermögens der Frau hat der Mann alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers.

§ 256.: So lange der Mann seiner Frau den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt gewährt, ist die Frau ihm die Verwaltung und den Nießbrauch des Eingebrachten nicht zu entziehen berechtigt.

§ 257.: Die auch einseitigen Gläubiger eines Mannes sind daher befugt, sich an diesen Nießbrauch zu halten.

§ 258.: Wenn aber der Mann diese Verbindlichkeit (§ 256.) nicht mehr zu erfüllen vermögend ist, so kann die Ehefrau ihr Eingebrachtes zurückfordern und allenfalls auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes antragen.

§ 261.: Die Verwaltung und Nutzung des aus dem Konkurse geretteten Eingebrachten fällt an die Frau zurück.

Digitized by Google

§ 262.: Doch muß aus den Einkünften desselben der nöthige Unterhalt des Mannes, soweit diese Einkünfte dazu erforderlich und hinreichend sind, besorgt werden.

§ 264.: Wenn der Mann wieder zu bessern Vermögensumständen gelangt, so kann er fordern, daß ihm die Verwaltung und der Nießbrauch des Eingebrachten zurückgegeben werde.

Der Implorant wirft dem Appellations-Richter zunächst vor: derselbe übersehe den Unterschied zwischen neu erworbenen und den aus dem Konkurse des Mannes geretteten Vermögensstücken der Frau. Ein derartiger Verstoß fällt indessen dem vorigen Richter keineswegs zur Last. Er schickt in seiner Geschichtserzählung voran, wie die Klägerin zum Besitze des fraglichen Grundstücks gekommen, und daß ihr dasselbe namentlich mittelst Adjudikatoria vom 27. Oktober 1853 zugeschlagen sei; er bemerkt ferner, daß das Stadt- und Kreisgericht zu Danzig seine erste die Klägerin abweisende Entscheidung darauf gegründet, daß das Grundstück nicht zu dem aus dem Konkurse des Verklagten geretteten Eingebrachten der klägerischen Ehefrau gerechnet werden könnte, und spricht sodann seine eigene Ansicht dahin aus: „Die Frage: ob dem Grundstücke diese Qualität beiwohne, d. h., ob es zu dem aus dem Konkurse geretteten Eingebrachten der Klägerin gehöre, — bedarf hier nicht weiter einer Prüfung und Erörterung; es kommt hierauf nicht an, vielmehr ist nur die Thatsache von Erheblichkeit, daß — und hierüber waltet zwischen den Parteien kein Streit ob — das Grundstück ein Illatum der Klägerin ist; der § 261. II. 1. des Allgem. Landrechts steht mit den vorhergehenden Paragraphen in unmittelbarer Verbindung, und müssen alle diese Vorschriften im Zusammenhange betrachtet werden. Es ist nicht abzusehen, weshalb das Gesetz dem erst nach dem Konkurse erworbenen Vermögen der Frau einen mindern Schutz gewähren sollte, als dem bei der Konkurs-Eröffnung schon vorhandenen. Der Konkursifex kann den Nießbrauch und die Verwaltung auch

Digitized by Google

in Ansehung der Illata nicht fordern, welche die Ehefrau erst nach der Konkurs-Eröffnung erworben hat."

Der vorige Richter hat sonach den in der Nichtigkeitsbeschwerde aufgestellten Unterschied zwischen den neu erworbenen Vermögensstücken der Frau — zu denen Implorant das von seiner Ehefrau meistbietend erstandene Grundstück rechnet — und dem aus dem Konkurse geretteten Eingebrachten einer Frau an sich keinesweges verkannt oder übersehen, er mißt ihm nur für die hier zu fällende Entscheidung keine rechtliche Bedeutung bei, weil die Parteien darüber einverstanden seien, daß das fragliche Grundstück ein Illatum der Klägerin sei, und dieser Annahme steht das ausdrückliche Zugeständniß des Verklagten im Eingange seiner Appellations-Beantwortung, daß das von der Klägerin erworbene Grundstück die gesetzliche Qualität des Eingebrachten habe, zur Seite, das der Implorant daher jetzt nicht ignoriren kann.

Der Appellations-Richter sagt aber auch ferner: „Nach § 258. kann die Frau auch außer dem Falle des Konkurses den Nachweis des Unvermögens des Mannes zu ihrer Ernährung führen, und ihm auf diese Weise den Nießbrauch und die Verwaltung entziehen. Verfällt der Mann in Konkurs, so ist die Frau eines besonderen Nachweises, daß der Mann auch seiner speziellen Verpflichtung, sie zu ernähren, nicht mehr genügen kann, überhoben. Durch die Konkurs-Eröffnung wird das Unvermögen des Mannes zur Ernährung der Frau konstatirt, und dies Unvermögen hat den Verlust des Nießbrauchs und der Verwaltung an dem Eingebrachten der Frau zur Folge. Der Interpretation, welche der erste Richter den Worten: „das aus dem Konkurse gerettete Eingebrachte" geben will, kann demnach nicht beigetreten werden; es ist der § 261. a. a. O. vielmehr nur eine Konsequenz des im § 258. an die Spitze gestellten Grundsatzes. Der Nießbrauch und die Verwaltung des Mannes an dem Eingebrachten der Frau hören in der Regel mit der Konkurs-Eröffnung auf; er kann denselben

Digitized by Google

auch in Ansehung der Illata nicht fordern, welche die Ehefrau erst nach der Konkurs-Eröffnung erworben, und kann Beides — ohne Rücksicht auf die Zeit der Illation — nicht eher beanspruchen, als bis er wieder zu bessern Vermögensumständen gelangt ist."

Gegen diese Ausführung vornehmlich ist der Angriff des Imploranten gerichtet. Er meint, der Fall, wenn, wie hier, der Konkurs über das Vermögen des Mannes bereits auf Instanz anderer Gläubiger eingeleitet wäre, könne in seiner rechtlichen Bedeutung und seinen Wirkungen nicht dem Falle gleichgestellt werden, wenn die Frau selbst auf Eröffnung des Konkurses angetragen habe. Der Umstand allein, daß auf Antrag anderer Gläubiger über das Vermögen des Mannes der Konkurs eröffnet wäre, beweise noch nicht, daß der Mann nicht mehr vermögend sei, seiner Frau den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren.

Bei einer genaueren Prüfung muß indessen der Ansicht des Appellations-Richters, welche im Wesentlichen dahin geht:

Ist über das Vermögen des Mannes, wenn auch auf Antrag anderer Gläubiger, der Konkurs eröffnet, so ersetzt dies zugleich den sonst von der Frau zu führenden besonderen Nachweis, daß der Mann nicht mehr vermögend sei, ihr den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren; sie kann daher ihr Eingebrachtes zurückfordern (§ 258.). Erst, wenn der Mann seinerseits sodann darthut, daß er wieder zu besseren Vermögensumständen gelangt ist, kann er fordern, daß ihm die Verwaltung und der Nießbrauch des Eingebrachten zurückgegeben werde (§ 264.). — Die Bestimmung des § 261. II. 1. des Allg. Landrechts: „die Verwaltung und Nutzung des aus dem Konkurse geretteten Eingebrachten fällt an die Frau zurück", findet auch auf ein von der Frau nach Er-

Digitized by Google

öffnung des Konkurses erworbenes, die rechtliche Natur des Eingebrachten annehmendes Grundstück Anwendung, —

beigetreten werden. Zunächst geht der Implorant zu weit, wenn er aus den Schlußworten des § 258.: „so kann die Frau ihr Eingebrachtes zurückfordern und allenfalls auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes antragen" folgert, daß es überhaupt eines solchen Antrages nothwendig bedarf. Bereits in dem Präjudikate vom 4. Januar 1849 (Entscheidungen Bd. 17. S. 293.) ist ausgeführt, daß die der Ehefrau beigelegte Befugniß, ihr Eingebrachtes zurückzufordern, auch ohne den Antrag auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes Anwendung finde; ist aber einmal der Konkurs über das Vermögen des Mannes eingeleitet, so kann es offenbar keinen Unterschied machen, ob dies auf Antrag der eigenen Ehefrau des Gemeinschuldners oder auf Antrag eines andern Gläubigers geschehen ist, in dem einen wie in dem andern Falle setzt ein solches Konkursverfahren ein Unvermögen des Gemeinschuldners, seine Gläubiger vollständig zu befriedigen, und ein Andringen der Gläubiger auf den gerichtlichen Beschlag seiner gesammten Habseligkeiten voraus, — § 2. I. 50. der Allgem. Gerichts-Ordnung. Durch die Konkurs-Eröffnung erlangen die Gläubiger zusammen genommen ein allgemeines Pfandrecht auf den ganzen Inbegriff des Vermögens, welches der Gemeinschuldner alsdann besitzt, — § 33. ebendaselbst. Unter solchen Umständen liegt die Annahme sehr nahe, daß der Mann alsdann auch nicht mehr im Stande sein werde, seiner Frau und den mit ihr erzeugten Kindern den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren. Es scheint daher auch die Bestimmung vollkommen gerechtfertigt, der Frau die Befugniß zu ertheilen, ihr Eingebrachtes, das gerade vornehmlich zu jenem Zwecke bestimmt ist, zurückzufordern und selbst zu verwalten. Der gesetzliche Grund zu den in den §§ 258. und 261. enthaltenen Ausnahmebestimmungen

Digitized by Google

liegt augenscheinlich in der Besorgniß, die Ehefrau möchte bei einem solchen Vermögensverfalle des Mannes sonst um ihre Illata kommen, und wenn sich die einseitigen Gläubiger des letzteren an den maritalischen Nießbrauch hielten, selbst dem Mangel ausgesetzt werden. Könnte man nach diesen allgemeinen, aus dem Sinne und Zwecke der §§ 258. und 261. hergeleiteten Gründen noch an der Richtigkeit der Ausführung des Appellations-Richters zweifeln, so findet dieselbe in der Analogie ähnlicher Vorschriften und in einer Bemerkung von Suarez bei der revisio monitorum ihre klarste Bestätigung.

Den oben mitgetheilten Bestimmungen über die Rechte und Pflichten des Mannes an dem Eingebrachten der Frau entsprechen aufs Genauste die Vorschriften über die Rechte und Verbindlichkeiten des Vaters in Bezug auf das nicht freie Vermögen seiner Kinder, — Allgem. Landrecht II. 2. — In dieser Hinsicht heißt es:

§ 64.: Beide Eheleute müssen für standesmäßigen Unterhalt und Erziehung der Kinder mit vereinigten Kräften Sorge tragen.

§ 65.: Hauptsächlich muß jedoch der Vater die Kosten zur Verpflegung der Kinder hergeben, — vergl. § 185. II. 1. des Allgem. Landrechts.

§ 168.: Von dem nicht freien Vermögen der Kinder gebührt dem Vater, so lange die väterliche Gewalt dauert, die Verwaltung und der Nießbrauch, — vergl. §§ 205. 231. daselbst.

§ 204.: So lange der Vater der Kinder standesmäßigen Unterhalt und Erziehung besorgt, hängt die Verwendung der Einkünfte ihres nicht freien Vermögens lediglich von seinem Gutbefinden ab, — vergl. § 256. a. a. O.

§ 205.: Auch seine eigene Gläubiger können aus diesen Einkünften ihre Befriedigung suchen, — vergl. § 257. ebendaselbst.

Digitized by Google

§ 206.: Wenn aber der Vater in Konkurs verfällt, oder sonst außer Stand kömmt, die Kinder standesmäßig zu verpflegen und zu erziehen, so verliert er die Verwaltung und den Nießbrauch ihres nicht freien Vermögens.

§ 207.: Beides fällt den Kindern anheim, — vergl. §§ 258. 261. a. a. O.

§ 209.: Doch ist der Vater, die benöthigte Unterstützung zu seinem Unterhalte aus den Einkünften dieses Vermögens zu fordern, in jedem Falle wohl befugt, — § 262. ebendaselbst.

Die vollständige Analogie dieser Bestimmungen mit den Vorschriften über den maritalischen Nießbrauch gestattet es sehr wohl, diese letzteren in zweifelhaften Fällen aus jenen zu erklären, — § 49. der Einleitung zum Allgem. Landrecht. — Im § 206. wird aber der Umstand allein, daß der Vater in Konkurs verfallen sei, schon als hinreichend bezeichnet, um anzunehmen, er sei außer Stand gekommen, die Kinder standesmäßig zu verpflegen und zu erziehen, und das Gesetz knüpft an die Konkurs-Eröffnung allein — ohne zu unterscheiden, auf wessen Antrag dieselbe erfolgt ist — für ihn die Wirkung, daß er die Verwaltung und den Nießbrauch ihres nicht freien Vermögens verliert, und Beides den Kindern anheimfällt. Es läßt sich daher nicht wohl bezweifeln, daß der Gesetzgeber auch bei Abfassung des § 258. II. 1. des Allgem. Landrechts von keinen andern Ansichten ausgegangen ist, vielmehr schon aus der Konkurs-Eröffnung an sich folgert, daß der Mann nicht mehr vermögend sei, den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren, daß also, sobald über des Mannes Vermögen der Konkurs eröffnet worden, die Frau ihr Eingebrachtes zurückfordern kann, und daß die Verwaltung und Nutzung des letzteren an sie zurückfällt. Daß nun die Redaktoren des Allgem. Landrechts die mehrerwähnte Analogie klar erkannt, und die Vorschriften über den Verlust des maritalischen

Digitized by Google

Nießbrauchs auch wirklich im Sinne des § 206. II. 2. des Allgem. Landrechts aufgefaßt haben, erhellet aus einer Bemerkung von Suarez in der revisio monitorum aufs Evidenteste. Der gedruckte Entwurf §§ 146. und 147. verordnete:

So lange der Nießbrauch dauert, ist derselbe auch den Gläubigern des Vaters unterworfen.

Doch bleiben den Kindern wegen der ihnen daraus vorzüglich gebührenden Verpflegungs- und Erziehungskosten ihre Rechte vorbehalten.

Dies fand Widerspruch; Suarez trat dem monito bei und motivirte die nunmehrigen Bestimmungen des Allg. Landrechts II. 2. §§ 204–209. in folgender Weise:

Aus eben den Gründen, aus welchem im Titel von der Ehe angenommen worden, daß, wenn der Mann entweder in Konkurs, oder doch in so derangirte Umstände verfällt, daß er den standesmäßigen Unterhalt der Frau nicht mehr besorgen kann, alsdann administratio et ususfructus maritalis cessire, und die Frau berechtigt sei, ihr Vermögen in eigene Administration und Nutznießung zu übernehmen — blos gegen die Verbindlichkeit, den Mann aus den Einkünften zu unterstützen, — aus eben den Gründen muß auch hier angenommen werden, daß im gleichen Falle der Vater Verwaltung und Nießbrauch von dem nicht freien Vermögen der Kinder verliere. (Gesetz-Revision, — Pensum IV. Motive S. 110. 111.).

Suarez sieht hiernach die Konkurs-Eröffnung offenbar als das majus an, das schon ohne Weiteres beweise, daß der Gemeinschuldner nicht mehr vermögend sei, seiner Frau und den mit ihr erzeugten Kindern den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren, und er spricht ganz bestimmt aus: im Titel von der Ehe sei angenommen worden, daß, wenn der Mann in Konkurs verfällt, administratio et ususfructus maritalis cessire, und die Frau berechtigt sei, ihr Vermögen in eigene Administration und Nutznießung zu übernehmen.

Digitized by Google

Gerade dieser Fall liegt hier vor, und es wird darin die Richtigkeit derjenigen Deutung der §§ 258. und 261. II. 1. des Allgem. Landrechts, die der Appellations-Richter derselben gegeben, ausdrücklich anerkannt, damit aber auch zugleich die entgegengesetzte Auffassung des Imploranten als irrig bezeichnet. Hierbei aber — wie der erste Richter thut — zwischen dem aus dem Konkurse des Mannes geretteten Eingebrachten der Frau und demjenigen, unter den rechtlichen Begriff des Eingebrachten fallenden, Vermögen, welches sie nach der Konkurs-Eröffnung erwirbt, zu unterscheiden, dazu fehlt es bei der völlig gleichen ratio legis offenbar an jeglichem genügenden Grunde; der Gesetzgeber hat des aus dem Konkurse des Mannes geretteten Eingebrachten der Frau gedacht, weil es augenscheinlich näher lag, an dieses, das Gewöhnlichere, als an den Fall zu denken, daß die Frau späterhin noch neues, als Illatum zu betrachtendes, Vermögen erwerben würde. Ausgeschlossen sollte damit aber das letztere von der Bestimmung des § 261. keineswegs sein. — Erscheint hiernach aber die Auslegung des Appellations-Richters in Betreff der §§ 258. 261. a. a. O. richtig, so kann auch von einer unpassenden Anwendung des § 264. nicht die Rede sein; unter jener Voraussetzung konnte der Verklagte immer nur dann fordern, daß ihm die Verwaltung und der Nießbrauch des Eingebrachten zurückgegeben werde, wenn er wieder zu bessern Vermögensumständen gelangt wäre. Der vorige Richter stellt aber unangefochten fest, daß Verklagter einen solchen Beweis nicht genügend angetreten habe, es also an der thatsächlichen Voraussetzung des § 264. fehle.

Digitized by Google

No. 25. — IV. Senat. Sitzung v. 14. Juli 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis=Gericht in Königsberg.
Gericht II. Instanz: Appellations=Gericht daselbst.

Anspruch aus der nützlichen Verwendung.

Der allgemeine Grundsatz, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern soll, findet auch da seine Anwendung, wo Jemand ohne die Absicht, ein Rückforderungs= oder Vergütungsrecht erwerben zu wollen, und selbst in der Meinung, nur einer eigenen Verpflichtung zu genügen, ohne wirklichen Rechtsgrund und ohne die Absicht der Freigebigkeit Etwas in den Nutzen des Andern verwendet hat.

A. L. R. I. **13**. §§ 262. 377. 280.

Das Große Hospital zu Königsberg hatte das ihm zugehörige Rittergut Zandersdorf im Kreise Labiau mit Ausschluß des Waldes, des Förster=Etablissements und der Jagd mittelst Vertrages vom **1**. Mai **1826** dem Gutsbesitzer B. vererbpachtet, und dieser hatte sein Erbpachtsrecht im Jahre **1839** an den Oekonomen R. veräußert. Bis zum Jahre **1846** hatte sowohl B. als R., jeder während seiner Besitzzeit, die öffentlichen Abgaben, namentlich die Grundsteuer, Kreis=Kommunalbeiträge und die Kirchen=Abgaben, von dem Gesammtgute Zandersdorf, mithin sowohl von den vererbpachteten $666\frac{2}{3}$ Morgen, als auch von den dem Hospitale vorbehaltenen $1419\frac{2}{3}$ Morgen, entrichtet. Dieses Verhältniß wurde zuerst von dem zweiten Erbpächter, R., als rechtswidrig gerügt. Er wurde deshalb unterm 25. August 1846 klagbar und erstritt unterm 7. Dezember 1847 ein rechtskräftig gewordenes Erkenntniß, durch welches das Hospital verurtheilt wurde, von dem in seinem Besitze verbliebenen Theile des Rittergutes Zandersdorf die darauf von der Ver=

waltungsbehörde zu repartirenden öffentlichen Abgaben selbst zu tragen, den Erbpächter von diesen Abgaben, soweit sie nicht den ihm vererbpachteten Theil des Gutes betreffen, zu befreien, und dem R. den Betrag, welchen er während seiner Besitzzeit für den Gutsantheil des Hospitals vorgeschossen, zu erstatten. Der erste Erbpächter, B., behauptete nunmehr, erst durch das vorgedachte Erkenntniß zu der Ueberzeugung gekommen zu sein, daß auch er während der dreizehn Jahre und sieben Monate seiner Besitzzeit die Abgabe für den Gutsantheil des Großen Hospitals ohne rechtliche Verpflichtung entrichtet habe. Er hielt sich daher für berechtigt, die Vergütung derselben auf Grund der nützlichen Verwendung vom Hospitale zu fordern, und erhob demnach am 17. Juni 1853 gegen den Hospitalvorstand Klage auf Erstattung der gezahlten, im besondern Verfahren zu ermittelnden Summen. — Nach diesem Antrage wurde auch in erster Instanz erkannt. Der zweite Richter wies dagegen den Kläger ab, weil derselbe die fraglichen Abgaben nicht in der Absicht, sich den Verklagten dadurch zu verpflichten, sondern in der Meinung, daß er selbst dazu verpflichtet sei, gezahlt habe, der Anspruch aus der nützlichen Verwendung aber nur dann begründet sei, wenn die Verwendung in der Absicht, den Anderen zu verpflichten, und nicht in der Absicht, eine eigene wenngleich nur vermeintliche Verbindlichkeit zu erfüllen, erfolgt sei.

Das Ober-Tribunal hat die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zwar für begründet erachtet, in der Sache selbst jedoch das Appellations-Urtheil dennoch aufrecht erhalten.

Gründe:

Nach § 262. I. 13. des Allgem. Landrechts ist derjenige, aus dessen Vermögen Etwas in den Nutzen eines Anderen verwendet worden, dasselbe entweder in Natur zurück, oder für den Werth Vergütung zu fordern berechtigt. Dieser weiterhin näher entwickelte Grundsatz leidet nach den §§ 277. und 280. a. a. O. nur dahin eine Modifikation, daß die Sache, deren

Digitized by Google

Zurückgabe, oder die Leistung, deren Vergütung gefordert wird, nicht auf Grund eines Vertrages, oder in der Absicht der Wohlthätigkeit oder Freigebigkeit gegeben resp. geleistet sein darf. Daß zu diesen negativen Erfordernissen noch das positive Erforderniß, den Anderen verpflichten zu wollen, hinzutreten müsse, um den Anspruch aus der nützlichen Verwendung zu begründen, ist nirgends verordnet und auch sonst durch die Natur der Sache nicht gerechtfertigt, da der allgemeine Grundsatz: „daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern solle" (aus welchen die Vorschriften über nützliche Verwendungen abgeleitet sind) auch da seine Anwendung finden muß, wo Jemand ohne die Absicht, ein Rückforderungs- oder Vergütungsrecht erwerben zu wollen, ja selbst in der Meinung, nur einer eigenen Verpflichtung zu genügen, aber doch ohne wirklichen Rechtsgrund und ohne die Absicht der Freigebigkeit, Etwas in den Nutzen des Andern verwendet hat.

Obgleich hiernach die Nichtigkeitsbeschwerde für begründet zu erachten war, so mußte doch das zweite Erkenntniß, welches den Kläger abweist, aufrecht erhalten werden. (Die weitere Begründung der Entscheidung, welche hauptsächlich auf die Auslegung des Erbpachtsvertrages vom 1. Mai 1826 beruht, interessirt hier nicht.)

No. 26. – IV. Senat. Sitzung v. 14. Juli 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Münster.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Beweis eines gegebenen Darlehns.

Zum Beweise eines gegebenen Darlehns genügt der Beweis des Zuzählens des Geldes nicht, es ist vielmehr

Digitized by Google

auch der Beweis der damit verbunden gewesenen Absicht und der Vereinbarung erforderlich, daß der Empfänger das Geld zum Verbrauch erhalten, resp. Eigenthümer desselben werden sollte.

A. L. R. I. 11. §§ 653. 661.

Der Gutsbesitzer v. M. forderte von dem Gutsbesitzer G., als dem Universalerben seiner verstorbenen Ehefrau, Hermine geb. v. M., auf den Grund des von der letzteren ausgestellten Schuldscheins vom 12. September 1844 Rückzahlung des darin verbrieften Darlehns von 1000 Rthlrn. Gold nebst vier Prozent Zinsen seit dem 12. September 1848. — Dem als echt anerkannten Schuldscheine stellte der Verklagte den Einwand entgegen, daß keine Valuta auf denselben gezahlt, und daß, wenn diese wirklich gezahlt sein sollte, dieses nur unter der Verabredung geschehen sei, daß sie gleich zum Zweck eines Pathengeschenks für den Sohn des Klägers zurückgegeben werde, daß mithin das Darlehnsgeschäft ein simulirtes gewesen sei. Er folgerte dies aus der eigenthümlichen Form des Schuldscheins und seiner Unterschrift, aus dem fehlenden Versprechen der Rückzahlung, aus dem Mangel einer Zinszahlung und aus einigen Briefen des Klägers, in deren einem die Schuld eine Ehrenschuld genannt werde. Sowohl in Betreff der Einrede der nicht gezahlten Valuta als auch in Betreff der Simulation deferirte er eventuell dem Kläger den Eid. — Der Appellations-Richter legte in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter dem Kläger lediglich über die geschehene Auszahlung der Valuta einen Eid auf, ohne die eventuellen Behauptungen des Verklagten zu berücksichtigen. Die Behauptung der Simulation erachtete der Richter für unbegründet, blos in Voraussetzung der Thatsache, daß die Valuta wirklich gezahlt worden, weil dann in dem Schuldscheine nur das niedergeschrieben worden, was wirklich geschehen sei.

Digitized by Google

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten das zweite Erkenntniß **vernichtet** und das erste Erkenntniß dahin abgeändert, daß Kläger für den Fall, daß er den ihm über die Auszahlung der Valuta der 1000 Rthlr. in jenen Erkenntnissen auferlegten Eid leisten werde, auch noch einen Eid darüber: daß er mit der verstorbenen Ehefrau des Verklagten nicht verabredet habe, daß die derselben gezahlte Summe Geldes nicht ihr Eigenthum werden solle, sowie einen Eid darüber: daß der Schuldschein nicht zum Schein ausgestellt, zu schwören schuldig sei; im Falle der Ableistung beider Eide ist der Verklagte zur Zahlung der 1000 Rthlr. Gold nebst Zinsen verurtheilt, im Falle der Nichtableistung beider Eide oder eines derselben ist der Kläger abgewiesen.

Gründe:

Der (oben mitgetheilten) Ansicht des Appellations-Richters liegt, wie Implorant mit Recht rügt, eine unrichtige Auffassung des Begriffs und der rechtlichen Wirkung des Darlehns zum Grunde. **Nicht das materielle Zuzählen des Geldes genügt, um den Darlehnsvertrag zu konstatiren, sondern dies Zuzählen, verbunden mit der Absicht und Vereinbarung, daß der Darlehnsnehmer das Geld zum Verbrauch erhalten, Eigenthümer desselben werden soll** (§§ 653. und 661. I. 11. des Allgem. Landrechts); diese Seite des Rechtsverhältnisses, nicht blos das faktische Zuzählen des Geldes, drückt der Schuldschein aus, der über ein Darlehn, wie hier geschehen, ausgestellt wird. Wie bei andern Kontrakten, ist auch beim Darlehn der Einwand der Simulation zuläßig, und wird derselbe, wie im vorliegenden Falle, dahin aufgestellt, daß das Eigenthum des gezahlten Geldes, des Schuldscheins ungeachtet, nach der erklärten Absicht der Kontrahenten nicht auf die Darlehnsnehmerin habe übergehen sollen, ist dies aber richtig, alsdann reicht die Thatsache des Geldempfangs nicht hin, um eine solche Behauptung zu wider-

Digitized by Google

legen, d. h. den Begriff eines Darlehns für vorhanden anzusehen. Hiernach war das Erkenntniß zu vernichten.

In der Sache selbst wird das Darlehn durch den Schuldschein vom 12. September 1844, nach welchem die Erblasserin des Verklagten die 1000 Rthlr. Gold „leihentlich und baar“ von dem Kläger empfangen hat, bewiesen. Die Briefe des Klägers vom 25. November 1851 und 20. Juni 1852 lassen zwar wohl vermuthen, daß es mit diesem Darlehn eine eigenthümliche Beschaffenheit gehabt; doch würde weder dies, noch auch der Mangel seitheriger Zinszahlung, noch die zur Sprache gekommenen unbestimmten Aeußerungen der Erblasserin des Verklagten dem Scheine gegenüber hinreichen, den Verklagten zu einem Eide über die Simulation des Geschäfts zuzulassen, zumal derselbe aus eigener Wissenschaft darüber Nichts sagen kann. Der Eid ist daher nur dem Kläger aufzulegen gewesen und fällt in dieser Beziehung mit der eventuellen Delation zusammen.

No. 27. – III. Senat. Sitzung v. 16. Juli 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Münster.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Fortdauernde Gültigkeit der Fürstlich Münsterischen Wegebau-Edikte.

a. Die vor Einführung der Französischen Gesetzgebung in dem zum ehemaligen Lippe-Departement gehörig gewesenen Theile der Provinz Westphalen in Betreff der Wegebaulast bestandenen Provinzialgesetze sind, — insofern während der Fremdherrschaft hinsichtlich einzelner Straßen eine besondere Regulirung der Wegebaupflicht

Digitized by Google

zwischen dem Staate und seinen Unterthanen nicht stattgehabt hat, — für nicht aufgehoben zu erachten.*

A. L. R. II. **15**. § 15.; Publikations-Patent vom 5. April 1803 § 2. (Rabe, Sammlung Band 7. S. 423.) und 9. September 1814 § 2. (Gesetz-Sammlung S. 89.)

b. Das Münsterische Wegebesserungs-Edikt v. 5. Juni 1765, soweit sich dasselbe über die Mittel und Materialien zum Bau und zur Besserung der Straßen und Wege verbreitet und Anleitung zu deren zweckmäßigster Anwendung giebt, hat nur den Charakter einer polizeilichen Anordnung, welche die Polizei-Behörde nicht hindert, andere und zweckmäßige Mittel und Materialien zur Anwendung zu bringen, resp. vorzuschreiben. Die Baupflichtigen können daher aus diesem Edikte kein Recht herleiten, in Erfüllung ihrer Verpflichtung gerade nur die dort vorgeschriebenen Mittel und Maaßregeln anwenden zu dürfen.

Münsterisches Wegebesserungs-Edikt vom 5. Juni 1765 Artikel 12. (Schlüter, Provinzialrecht der Provinz Westphalen Bd. 1. S. 233.)

Die Landespolizei-Behörde hat auf der Münster-Wolbecker Straße eine Strecke von 25 Ruthen Länge, deren Instandhaltung sonst die Bauerschaft Saer durch Ueberdeckung mit Faschinen und Erdmaterial besorgte, mit Steinen auspflastern lassen, nachdem die Gemeinden St. Mauritz und Wolbeck zu diesem Baue vergebens aufgefordert waren. Einen Theil der Kosten des Baues zum Betrage von 203 Rthlrn. 23 Sgr. 2 Pf. hat die Polizeibehörde aus der Gemeindekasse von St. Mauritz im August 1852 einziehen lassen. Auf Erstattung dieser Summe wurde hierauf die Gemeinde St. Mauritz gegen den Fiskus klagbar. Diesem, behauptete sie, hätte die Anlegung der Chaussee

* Vergl. Präjudiz No. 2017. (Plenarbeschluß) vom 5. Juni 1848, Präjudizien-Sammlung S. 211. und Entscheidungen Bd. 16. S. 76.

Digitized by Google

auf der fraglichen Straße obgelegen, wogegen die Verbindlichkeit der Gemeinden bezüglich des Wegebauens durch die Münsterischen Wege-Edikte dahin bestimmt sei, daß die Instandhaltung und Ausbesserung nur mittelst Bohlen und Faschinen zu geschehen brauche. — Der Beklagte behauptete dagegen unter Berufung auf die Provinzialgesetze, daß die Unterhaltung und Reparatur der Wege im Münsterlande ohne Unterschied den Gemeinden obliege, wenn nicht aus einem speziellen Rechtstitel ein Anderer dazu verpflichtet sei. Darüber, was zum Zwecke der Reparatur eines Weges nothwendig sei, habe allein die Verwaltungsbehörde zu entscheiden, und könne deshalb auch im vorliegenden Falle nicht weiter erörtert werden, ob die von der Landespolizei-Behörde angeordnete Ausbesserung der fraglichen Wegesstrecke durch Bedeckung derselben mit einer Steinlage zur polizeimäßigen Instandhaltung erforderlich gewesen. — Die beiden Instanzrichter wiesen die Klägerin ab.

Das Ober-Tribunal hat die von der Klägerin erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Der Appellations-Richter stellt thatsächlich fest, „daß die klagende Gemeinde vor Wiedereinführung des Allgem. Landrechts zu dem mit Frankreich vereinigten ehemaligen Lippe-Departement gehört hat, und hinsichts der meisten Straßen dieses Departements, namentlich aber auch hinsichts der hier in Rede stehenden Münster-Wolbecker Straße, eine definitive Regulirung der Wegebaupflicht zwischen dem Staate und seinen Unterthanen unter Französischer Herrschaft nicht zu Stande gekommen sei." Diese thatsächliche Feststellung ist von der Implorantin nicht angegriffen. Nach dieser Unterstellung ist aber auch die rechtliche Ausführung des Appellations-Richters:

daß es in Ansehung dieser Baupflicht bei den früher gültigen Provinzialgesetzen des ehemaligen Erbfürstenthums Münster verblieben, dieselben

nach § 2. des Publikationspatents vom 9. September 1814 nicht aufgehoben und demgemäß auch der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nach § 15. II. 15. des Allgem. Landrechts zum Grunde zu legen seien,

vollkommen richtig. Es genügt in dieser Beziehung, auf das Präjudikat vom 21. Oktober 1845 und den Plenarbeschluß vom 5. Juni 1848 (Entscheidungen Bd. 12. S. 454. ff. und Bd. 15. Seite 76.) zu verweisen, die zwar zunächst uur das ehemalige „Ober-Ems-Departement" betreffen, deren Gründe aber auch auf das ehemalige „Lippe-Departement" Anwendung finden, und mit der Ausführung des Appellations-Richters übereinstimmen. Wenn aber Implorantin jenen Gesetzen den Charakter von Provinzialgesetzen und -Ordnungen und folgeweise auch deren Beurtheilung nach § 2. des Publikations-Patents vom 9. September 1814 mit der Hinweisung bestreitet: daß dieselben als allgemeine Landesgesetze für das ganze ehemalige Fürstenthum Münster erlassen seien, ihnen mithin nach dem Inhalte jenes Patents das an deren Stelle getretene Allg. Landrecht derogire, so steht dem entgegen, daß das gedachte Fürstenthum schon früher, vor seiner fremdländischen Okkupation, in Folge des Reichs-Deputations-Hauptschlusses vom 25. Februar 1803 Preußische Provinz geworden war, für diese aber nach § 2. des Publikations-Patents vom 5. April 1803 (v. Rabe, Sammlung Band 7. Seite 423.) die bisher in der Provinz für gültig anerkannten Gesetze und Konstitutionen über einzelne Rechtsmaterien, wie die hier in Rede stehenden Wegebau-Verordnungen, beibehalten, zur Kodifikation als Provinzialrecht bestimmt wurden und seitdem unverkennbar im Verhältniß zum Preußischen Gesammtstaat den Charakter bloßer Provinzialgesetze haben. Auch hat dies Implorantin thatsächlich wenigstens bezüglich der Münsterischen Wegebau-Ordnung vom 5. Juni 1765 mit ihrer Klage selbst anerkannt, sofern sie ihre Wegebaupflicht eben nur nach jener Wegebau-Ordnung beur-

Digitized by Google

theilt und entschieden wissen will. Abgesehen hiervon ist aber auch die fortdauernde provinzialrechtliche Gültigkeit jener Münsterischen Wegebau-Edikte bisher nicht bezweifelt worden, — vergl. Schlüter, Provinzialrecht Band. 1. Seite 86. ff. und 167. ff.

Der Plenarbeschluß vom 4. Juli 1853 (No. 2467., Entscheidungen Band 25. S. 308.)* der von der Verpflichtung zum Wegebau in den vormals Sächsischen Landestheilen handelt und in dieser Beziehung das Kurfürstliche Straßenbau-Mandat vom 28. April 1781 als ehemaliges Sächsisches allgemeines Landesgesetz mit Einführung des Allgem. Landrechts für aufgehoben erklärt, ist für den vorliegenden Fall nicht maaßgebend.

Nach Vorstehendem läßt sich dem Appellations-Richter nicht zum Vorwurf machen, die in seiner Entscheidung und der Beschwerde der Implorantin zusammengestellten Münsterischen Wegebau-Edikte, insbesondere das Wegebesserungs-Edikt vom 5. Juni 1765, umpassend angewendet, gegen das Publikations-Patent vom 9. September 1814 verstoßen und die §§ 11. und 15. II. 15. des Allg. Landrechts durch unterlassene resp. unpassende Anwendung verletzt zu haben.

Ebenso unbegründet ist der dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf: das erwähnte Edikt und namentlich dessen § 12., ingleichen die §§ 38. und 40. der Verordnung vom 26. Dezember 1808 und den § 5. des Gesetzes vom 11. Mai 1842 verletzt und gegen die Grundsätze von der res judicata verstoßen zu haben.

Implorantin hat, wie der Appellations-Richter gleichfalls unangefochten feststellt, ihre Verbindlichkeit, die in Rede stehende Wegestrecke gemeinschaftlich mit der Gemeinde Wolbeck in Stand halten zu müssen, an sich nicht bestritten, vielmehr zugegeben und nur in Abrede gestellt: ihrer Wegebaupflicht in der von der Polizeibehörde vorgeschriebenen Art durch Steinpflasterung und nicht, wie das vorgedachte Wegebesserungs-Edikt im

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 10. S. 85.

Digitized by Google

§ 12. vorschreibe, mittelst Bohlen oder Faschinen nachkommen zu müssen.

Allein mit Recht führt der Appellations-Richter aus, daß das gedachte Edikt mit den darin und besonders im Art. 12. vorgeschriebenen Modalitäten für Ausbesserung und Instandsetzung der schadhaften „Heer- und Landstraßen sowohl als gemeinen Wege“ nur eine dem damaligen Standpunkte der Straßenbau-Technik entsprechende Anweisung und Anleitung habe geben wollen, ohne damit späteren Fortschritten und Erfahrungen im Straßenbau und seiner zweckmäßigeren Leitung zu präjudiziren, der Landespolizeibehörde bei deren Benutzung die Hände zu binden resp. den wegebaupflichtigen Gemeinden und Individuen ein Recht einzuräumen, eben nur die in den oben gedachten Edikten bezeichneten Mittel und Materialien zur Straßenbesserung und keine anderen für alle Zukunft in Anwendung zu bringen.

Schon der Eingang der gedachten Verordnung, welcher die Ursache des verfallenen und unbrauchbaren Zustandes der Straßen und Wege nur in dem Mangel einer gebührenden Anweisung begründet findet, der Art. 3., der die Besserungspflichtigen wegen Ausführung der Reparaturen auf die in den folgenden Artikeln enthaltene „Anweisung“ verweiset, verbunden mit dem ganzen übrigen Inhalt des Edikts, der über die Bau- und Besserungspflicht der Unterthanen und Gemeinden an sich eigentlich gar nicht disponirt, dieselbe vielmehr, und zwar ganz mit Recht, nach Maaßgabe der schon vorhandenen älteren Gesetze als feststehend voraussetzt (vergl. Schlüter, Provinzialrecht a. a. O.) und sich nur über technische Prozeduren und Mittel verbreitet, dem Zwecke des Gesetzes: „daß die Ausbesserungen solid gemacht werden ꝛc.“ bestmöglichst zu entsprechen, lassen über den Charakter desselben als einer bloßen Instruktion keinen Zweifel.

Insbesondere geht aus Art. 12. des Edikts vom 5. Juni 1765 die obgedachte Intention des Gesetzgebers, sich mit Erlaß

Digitized by Google

der Instruktion und ihren Festsetzungen nicht für alle Zeiten die Hände binden zu wollen, auf das Entschiedenste hervor, indem Art. 12. zwar disponirt: „daß, wenn die Gräben vorgeschriebener Maaßen ausgeräumet, die auf denen Landstraßen und gemeinen Wegen befindlichen Schlöte, Schlenke oder Löcher förderſamst mit Bohlen oder Faschinen angefüllet, sodann diese mit nöthiger Erde und soviel möglich mit Sand bedecket und angefüllet werden sollen &c.“, hierbei aber die Absicht des Gesetzgebers: „daß die Ausbesserungen solid gemacht werden“, als erste Rücksicht, und „worauf vor allen Dingen zu sehen sei“ hervorgehoben wird.

Mit Recht ist hiernach der Appellations-Richter der Ansicht: daß das Wegebesserungs-Edikt vom 5. Juni 1765, soweit sich dasselbe über die Mittel und Materialien zum Bau und zur Besserung der Straßen und Wege verbreite und Anleitung zu deren zweckmäßigster Anwendung gebe, nur den Charakter einer polizeilichen Anordnung an sich trägt, welche die Polizeibehörde nicht hindert, andere und zweckmäßige Mittel und Materialien zur Anwendung zu bringen, resp. vorzuschreiben, und aus welcher eben deshalb die Baupflichtigen kein Recht herleiten können, in Erfüllung ihrer Verpflichtung gerade nur die in dem Edikt vorgeschriebenen Mittel und Maaßregeln anwenden zu dürfen.

Wenn der Appellations-Richter aber hiernach weder in dem gedachten Edikt, noch in dessen Art. 12. die geltend gemachten Rechtstitel für die Implorantin begründet findet, die in Rede stehende Strecke der Münster-Wolbecker Straße nur mit Faschinen oder Bohlen auszubessern und sich der von der Landespolizeibehörde für erforderlich und zweckmäßig erachteten Ausbesserung durch Steinpflasterung zu weigern, beziehungsweise die von ihr zwangsweise eingezogenen Kosten der in dieser Weise für ihre Rechnung ausgeführten Straßenreparatur von

Digitized by Google

dem Königlichen Fiskus wieder ersetzt zu verlangen, so läßt sich ihm eine Verletzung des gedachten Edikts und seines Art. 12. durch falsche Auslegung nicht zum Vorwurf machen.

No. 28. – IV. Senat. Sitzung v. 6. Sept. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Cammin.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Stettin.

Anfechtbarkeit von Erbtheilungsverträgen auf Grund des Gesetzes vom 26. April 1835.

Erbtheilungsverträge sind zu den auf Grund des Gesetzes vom 26. April 1835 anzufechtenden Verträgen nicht zu rechnen, mögen immerhin die Miterben die Verpflichtung übernommen haben, die eine Miterbin, die Schuldnerin des Klägers, gegen Ueberlassung ihres Erbtheils lebenslänglich zu unterhalten.

A. L. R. I. 17. § 47.; Gesetz vom 26. April 1835 § 2. (Gesetz-Sammlung S. 53.)

Auf Grund des Gesetzes vom 26. April 1835 griff die unverehelichte Louise B. einen von ihrer Schuldnerin, Wittwe R., mit deren Miterben errichteten Erbtheilungsvertrag an. — Der erste Richter wies die Klägerin ab. Der zweite Richter erklärte dagegen den Vertrag der Klägerin gegenüber für nichtig, weil die Mitverklagte Wittwe R. die als den Werth ihres Erbtheils berechneten 78 Rthlrn. ihren Töchtern gegen die Verpflichtung, sie lebenslänglich zu unterhalten, überlassen habe.

Auf eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal das zweite Urtheil vernichtet und das erste Urtheil bestätigt —

in Erwägung:

daß Verträge, durch welche Miterben eine gemeinschaftlich

Digitized by Google

von ihnen besessene Erbschaft theilen, zu den auf Grund des Gesetzes vom 26. April 1835 anzufechtenden — wie auch der Appellations-Richter anerkennt — nicht zu rechnen sind, da der Abschluß eines solchen Erbtheilungsvertrages an sich nicht unbedingt von dem freien Willen der einzelnen Miterben abhängt, jeder derselben vielmehr nach § 117. I. 17. des Allg. Landrechts zur Erbtheilung genöthigt werden kann, zu einer Ausnahme von dieser Regel aber auch der der angefochtenen Entscheidung zum Grunde gelegte Umstand, daß die Mitverklagte Wittwe R. in dem Erbtheilungsvertrage die als den Werth ihres Antheils an der Erbmasse berechneten 78 Rthlr. ihren Töchtern gegen die Verpflichtung, sie lebenslänglich zu unterhalten und demnächst zu beerdigen, überlassen hat, nicht geeignet ist, weil derartige Verabredungen über die Art, wie die die Natural-Erbschaft übernehmenden Miterben die dieselbe abtretenden entschädigen sollen, für einen nothwendigen, in der Natur derartiger Erbtheilungsverträge begründeten, Ausfluß des Theilungs-Aktes zu erachten sind, für Veräußerungen im Sinne des gedachten Gesetzes mithin nicht gelten können.

No. 29. – IV. Senat. Sitzung v. 11. Sept. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Erlaß der Gewährsleistung für eine cedirte nicht bestehende Forderung. — Rechtskraft eines vernichteten Erkenntnisses.

a. War dem Cedenten und dem Cessionar zur Zeit der Cession bekannt, daß die Forderung gar nicht bestand, so kann der Cedent die Cessions-Valuta auch in dem Falle nicht beanspruchen, wenn ihm der Cessionar die Gewährsleistung ausdrücklich erlassen hat.

A. L. R. I. **11.** §§ 376. 377.

Digitized by Google

b. Die auf den Antrag des einen Theils erfolgte Vernichtung des Vor-Urtheils hebt die gegen den andern Theil eingetretene Rechtskraft desselben nicht auf.

A. G. O. Einl. §§ 65. 66.; Instruktion vom 27. April 1839 No. 36.

Der Kaufmann B. verlangte von dem Holzhändler W. die Zahlung von 1300 Rthlrn. als Valuta zweier demselben cedirter Forderungen von resp. 800 Rthlrn. und 500 Rthlrn. — Verklagter bestritt diesen Anspruch, indem er unter Anderem einwendete, daß beide Forderungen gar nicht bestanden hätten, dies sowohl ihm als dem Kläger zur Zeit der Cession bekannt gewesen sei, und daß sie außerdem auch ausdrücklich verabredet hätten, die Cession solle nur zum Schein ausgestellt, und die Cessionsvaluta nicht gezahlt werden. — Der Appellations-Richter erachtete den ersteren Einwand für unerheblich, weil Verklagter in der gerichtlichen Erklärung vom 26. Februar 1849 die Zahlung der Cessions-Valuta versprochen und jede Gewährsleistung ausdrücklich erlassen habe, er also, wenn er die Nichtexistenz der fraglichen Forderungen zur Zeit ihrer Cession gewußt, mithin ein Irrthum von seiner Seite nicht vorgelegen, aus diesem Grunde die Gültigkeit derselben und seines Zahlungsversprechens nicht anfechten könne. Es müsse vielmehr dann angenommen werden, daß eine, und zwar wegen der gerichtlichen Form der desfallsigen Urkunde vom 26. Februar 1849, gültige Schenkung vorliege, — §§ 39. 41. 1063. 1076. I. 11. des Allg. Landrechts. Auch könne aus der Wissenschaft des Klägers von der Nichtexistenz der fraglichen Forderungen bei der gleichen Wissenschaft des Verklagten für diesen nicht gefolgert werden, daß Kläger wegen der erwähnten Verzichtleistung des Verklagten auf jede Gewährsleistung auch nicht für die Existenz der cedirten Forderungen Gewähr zu leisten habe, das Versprechen der Cessions-Valuta müsse auch in diesem Falle als eine gültige Schenkung angesehen werden. — Rücksichtlich des zweiten Einwandes des

Digitized by Google

Verklagten verstattete der Appellations-Richter den Kläger zum Reinigungseide und verurtheilte im Schwörungsfalle den Verklagten nach dem Klageantrage.

Auf die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil vernichtet und unter Abänderung des ersten Erkenntnisses zunächst den Verklagten zum nothwendigen Eide darüber, daß dem Kläger zur Zeit der Ausstellung der Urkunde vom 26. Februar 1849 die Nichtexistenz der beiden cedirten Forderungen bekannt gewesen sei, verstattet und im Schwörungsfalle den Kläger abgewiesen; sodann aber im Nichtschwörungsfalle dem Kläger darüber einen Eid auferlegt, daß vor oder bei Ausstellung der gerichtlichen Erklärung des Verklagten vom 26. Februar 1849 zwischen ihm und demselben verabredet worden, daß die Cession nur zum Schein ausgestellt, und die versprochene Valuta von dem Verklagten nicht gezahlt werden solle, und im Schwörungsfalle dieses Eides den Verklagten zur Zahlung der 1300 Rthlr. nebst Zinsen verurtheilt.

Gründe:

Zum Wesen der Cession gehört nach den §§ 376. und 377. I. 11. des Allgem. Landrechts ein abzutretendes Recht, ein abzutretender Anspruch. Dieses Recht, dieser Anspruch kann unbegründet, unrichtig sein, und dann kommen in Betreff der Gewährsleistung die §§ 420. 421. a. a. O. zur Anwendung; er muß aber mindestens nach der Meinung des Cedenten, und bei Entsagung auf jede Gewährsleistung auch nach der Meinung des Cessionars, bestehen, und dessen Geltendmachung muß beabsichtigt sein. — Es ist ein Unterschied, ob ein Anspruch cedirt wird, den Jemand an einen Dritten, sei es auch ohne rechtlichen Grund, zu haben prätendirt, — was unzweifelhaft unter die Vorschriften von den Gewährsleistungen in den §§ 420. 421. a. a. O. fällt, — oder ob beide Theile wissen (denn weiß es blos der Cedent, so tritt die Schlußbestimmung des § 421. a. a. O. ein), daß ein solcher Anspruch nicht nur nicht dem

Cedenten zusteht, sondern überhaupt nicht existirt, auch gar nicht prätendirt wird und gar nicht zur Geltendmachung bestimmt ist. In diesem letzteren Falle fehlt der Cession das wirkliche, ernstlich gemeinte Objekt, und daraus folgt von selbst, und ohne daß es eines andern Beweises bedarf, daß die Cession und das Versprechen der Zahlung einer Cessions-Valuta nur simulirt sein kann, daß nothwendig ein anderes Geschäft darunter verborgen worden, und daß aus diesem allein Ansprüche würden geltend gemacht werden können. — Der Appellations-Richter hat also, wenn er, die Ableistung des von ihm erkannten Eides vorausgesetzt, auch für den Fall der Wissenschaft des Klägers von der Nichtexistenz der von ihm dem Verklagten cedirten Forderungen vor und bei dieser Cession die Verzichtleistung des Verklagten auf jede Gewährsleistung für einen genügenden Grund hält, um den Verklagten zur Zahlung der versprochenen Cessions-Valuta zu verurtheilen, rechtsgrundsätzlich gegen die §§ 376. 377. 420. und 421. a. a. O. verstoßen.

Auch der eventuelle, aus den §§ 39. und 41. a. a. O. entnommene Entscheidungsgrund des Appellations-Richters ist nicht geeignet, sein Erkenntniß aufrecht zu halten. Denn diese Vorschriften, deren unrichtige Anwendung in der Nichtigkeitsbeschwerde behauptet wird, und welche mit § 534. a. a. O. und mit § 55. I. 5. a. a. O. auf demselben Prinzipe beruhen, sind für ganz andere Fälle, als den vorliegenden, gegeben, sie setzen auch ein Nichtmehrvorhandensein voraus, passen also nicht da, wo die Sache (hier die abgetretenen Forderungen) überhaupt nicht existirt hat. — Aber auch abgesehen hiervon, hat auch Kläger gar nicht aus einer Schenkung geklagt, ja eine solche nicht einmal im Laufe des Prozesses behauptet, und ein solches gar nicht geltend gemachtes Klagefundament durfte ihm vom Appellations-Richter nicht untergelegt werden. Dieser hat daher auch die §§ 39. und 41. I. 11. des A. L. R. durch unpassende Anwendung verletzt. Sein Erkenntniß unterliegt daher der Vernichtung.

Digitized by Google

Was die Sache selbst betrifft, so ist nach dem Vorstehenden der eingeklagte Anspruch in dem Falle ganz unbegründet, wenn dem Kläger zur Zeit der gerichtlichen Erklärung des Verklagten vom 26. Februar 1849, — denn nach derselben ist auch an demselben Tage die Cession der fraglichen Forderungen an den Verklagten seitens des Klägers erfolgt, — die Nichtexistenz der von ihm abgetretenen angeblichen Forderungen bekannt gewesen ist. Diese Wissenschaft des Klägers wird aber durch die von dem ganz unverdächtigen Zeugen Kaufmann S. bekundeten Aeußerungen des Klägers gegen den Zeugen so wahrscheinlich gemacht, daß ein nothwendiger Eid und zwar ein Erfüllungseid des Verklagten umsomehr gerechtfertigt erscheint, als auch durch das, wenn auch nicht klassische, Zeugniß des H. die Wissenschaft des Klägers, daß die fraglichen Forderungen nur fingirte seien, im hohen Grade wahrscheinlich gemacht wird. Wird derselbe abgeleistet, so folgt hieraus nach dem Vorigen, daß der Anspruch des Klägers unbegründet und zurückzuweisen ist. Aus der Nichtableistung dieses Eides folgt aber noch nicht ohne Weiteres die Verurtheilung des Verklagten nach dem Klageantrage. Denn wenn auch der Kläger bei Abschluß des Cessionsgeschäfts wirklich nicht gewußt hätte, daß die fraglichen Forderungen nicht existirten, so hat doch Verklagter noch in anderer Beziehung den Einwand der Simulation gemacht, und diesen Einwand hat der Appellations-Richter für so erheblich erachtet, daß er den Kläger darüber zum Reinigungseide verstattet hat. Wenn auch das Appellations-Urtheil, nachdem es vernichtet worden, als solches nicht mehr existirt, so hat sich doch der Kläger bei solchem beruhigt, für ihn ist es daher rechtskräftig. Günstiger für ihn kann also auch jetzt nicht erkannt werden. Daraus folgt, daß, wenn auch durch Nichtableistung des dem Verklagten auferlegten Erfüllungseides festgestellt würde, daß Kläger zur Zeit des Abschlusses des Cessionsgeschäfts mit der Nichtexistenz der fraglichen, von ihm an den Verklagten abgetretenen, Forderungen nicht bekannt gewesen sei, er doch die

Digitized by Google

Verurtheilung des Verklagten erst nach Ableistung des ihm im vernichteten Appellations-Urtheil auferlegten Reinigungs-Eides verlangen kann, auf diesen also auch jetzt erkannt werden mußte.

No. 30. — I. Senat. Sitzung v. 14. Sept. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Thorn.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Alimentationspflicht der Geschwister; Recht derselben auf Rückforderung des einander Gegebenen.

Das Zurückforderungsrecht der Geschwister nach § 21. II. 3. des Allg. Landrechts ist auf dasjenige zu beschränken, was sie ihren unvermögenden Geschwistern zum nothdürftigen Unterhalte gegeben haben.

A. L. R. I. **11**. §§ 1041. 1042., II. **3**. §§ 14. 15. 21. 22.

Der Oberlehrer Joseph H. hatte den nachherigen Pfarrer Anton H., seinen Bruder, auf dem Gymnasium, auf der Universität und während dessen früherer Auskultatur unterstützt, in seinem Testamente auch den Betrag dieser Zuwendungen in Pausch und Bogen auf 1300 Rthlr. angegeben. Die verehelichte W., Karoline geb. H., Erbin des Joseph H. zu 1/3, forderte im Beistande ihres Ehemannes von dem Anton H. den ihr bei der Nachlaßregulirung überwiesenen dritten Theil jener Unterstützungsgelder mit 433 Rthlrn. 10 Sgr. nebst Zinsen ersetzt; durch das Erkenntniß zweiter Instanz wurde sie jedoch mit ihrer Klage angebrachtermaaßen abgewiesen, weil Geschwister im Gegensatze von Verwandten in auf- und absteigender Linie dasjenige, was sie ihren Geschwistern zum Unterhalte in Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtung, d. h. gezwungen, gereicht hätten, stets, d. h. auch wenn sie sich keinen Vorbehalt

gemacht, sonst aber, d. h. das gereichte Mehrere, nur dann zurückfordern könnten, wenn nicht die Vermuthung der Schenkung nach § 1042. I. 11. des Allgem. Landrechts Platz greife, d. h. wenn sie das Mehrere nur mit Vorbehalt gegeben hätten. In dieser Weise hätten die Kläger aber ihre vorliegende Klage nicht begründet, §§ 15. 21. II. 3. des Allgem. Landrechts.

Die Kläger behaupteten in ihrer gegen das Appellations-Urtheil eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde, daß der Appellations-Richter den § 1042. I. 11., sowie die §§ 15. und 21. II. 3. des Allg. Landrechts durch ein unrichtiges Verständniß ihres Inhaltes und Zusammenhanges verletzt habe. Der § 21. beschränke das Rückforderungsrecht der Geschwister keinesweges auf den ihren Brüdern und Schwestern gereichten nothdürftigen Unterhalt, — § 15. ebendaselbst, sondern berechtige sie, das, was „der Unterhalt" ihrer unvermögenden Geschwister sie gekostet, bei verbesserten Vermögensumständen der letzteren erstattet zu verlangen. Die legislatorische Absicht liege unverkennbar darin, sie durch die Aussicht auf möglichen dereinstigen Ersatz eher geneigt zu machen, die Unterstützung ihrer Geschwister nicht gerade auf das Nothdürftigste zu beschränken, ihnen vielmehr durch reichlichere Beihülfe die Mittel zu gewähren, sich in einer den Familienverhältnissen angemessenen Weise die eigene Existenz zu begründen. — Der § 21. a. a. O. verhalte sich zu dem § 1042. I. 11. des Allgem. Landrechts, wie die Ausnahme zur Regel, die Präsumtion der Schenkung finde auf das keine Anwendung, was Geschwister einander zum Unterhalte gegeben hätten.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Unter dem Marginale: „Wann die Absicht von Schenkungen vermuthet werde", und im Anschluß an den allgemeineren § 1041. I. 11. des Allgem. Landrechts:

> Wo eine besondere persönliche, obschon nicht gesetzlich verbindende Pflicht zur Wohlthätigkeit vorhanden ist, da wird

Digitized by Google

vermuthet, daß das ohne Vorbehalt Gegebene in der Absicht, solches zu schenken, gegeben worden,

fügt sodann der § 1042. a. a. O. beispielsweise und erläuternd hinzu:

Was also Verwandte in auf- und absteigender Linie, Geschwister und Eheleute einander ohne Vorbehalt geben, wird für geschenkt angesehen, so lange nicht ein Anderes aus den Umständen erhellet, oder durch besondere Gesetze bestimmt ist (Theil II. Titel 1. Abschnitt 5.).

Im Titel 3. Theil II. des Allgem. Landrechts: „Von den Rechten und Pflichten der übrigen Mitglieder einer Familie“, verweist zunächst der § 14.:

Verwandte in auf- und absteigender Linie sind einander nach den wegen der Eltern und Kinder im vorigen Titel enthaltenen näheren Bestimmungen zu ernähren verbunden, —

auf die §§ 251-254. II. 2. des Allgem. Landrechts; an ihn schließt sich sodann der § 15.:

Auch Geschwister ersten Grades müssen ihren Geschwistern, die sich selbst zu ernähren ganz unfähig sind, den nothdürftigen Unterhalt reichen,

an, und mit beiden steht weiterhin der § 21. in Verbindung, welcher verordnet:

Nur Geschwister sind berechtigt, das, was der Unterhalt ihrer unvermögenden Geschwister sie gekostet hat, von diesen zurückzufordern, wenn die Umstände der letzteren sich in der Folge dergestalt verbessern, daß sie diesen Ersatz, ohne Abbruch ihrer eigenen und der Ihrigen Nothdurft, leisten können.

Die §§ 63. ff. und 251-254. II. 2. des Allg. Landrechts, welche die Eltern und Kinder verpflichten, sich in Noth und Dürftigkeit nach Kräften zu unterstützen, und diese Verbindlichkeit näher regeln, und die auch für Verwandte in auf- und absteigender Linie überhaupt in Betreff ihrer Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung maaßgebend sein sollen, — § 14. II. 3. des Allgem. Landrechts, behalten den Aszendenten und Deszen-

Digitized by Google

denten unter keinen Umständen die Befugniß vor, dasjenige, was sie so zum Unterhalte des zu Verpflegenden verwandt haben, wieder zurück- oder Ersatz dafür zu fordern, wenn der letztere künftighin zu besseren Vermögensumständen gelangen sollte. Nur Geschwister sind berechtigt, das, was der Unterhalt ihrer unvermögenden Geschwister sie gekostet hat, von diesen zurückzufordern, wenn die Umstände der letzteren sich in der Folge dergestalt verbessern, daß sie diesen Ersatz, ohne Abbruch ihrer eigenen und der Ihrigen Nothdurft, leisten können. Insofern werden also die Geschwister von den Verwandten in auf- und absteigender Linie unterschieden; allein auf diesen Gegensatz bezieht sich das „Nur“, womit der § 21. beginnt; keinesweges hat durch jenen Paragraph die gemeinrechtliche Kontroverse: ob entferntere Seitenverwandte, gleich den Geschwistern, den Ersatz der aufgewendeten Kosten fordern können, wenn der Alimentirte zu besseren Vermögensumständen kommt? entschieden werden sollen. Zu diesen Kollateralen geht erst der folgende § 22. über, indem er verordnet:

> Andere Seitenverwandte, außer den Geschwistern ersten Grades, können zur Ernährung unvermögender Familienmitglieder nicht gezwungen werden.

Zwischen beiden, d. h. hinter den Aszendenten und Deszendenten und vor den entfernteren Seitenverwandten, stehen die Geschwister ersten Grades, die zwar auch zur gegenseitigen Unterstützung verpflichtet sind, deren Verbindlichkeit aber der § 15. nur darauf beschränkt, daß sie ihren Geschwistern, die sich selbst zu ernähren ganz unfähig sind, den nothdürftigen Unterhalt reichen müssen.

Hieran schließt sich sodann — indem die Zwischenparagraphen 16—20. hier nicht interessirende Nebenbestimmungen enthalten — der § 21. an, der die Geschwister berechtigt, das, was der Unterhalt ihrer unvermögenden Geschwister sie gekostet, von diesen zurückzufordern, wenn die Umstände der letzteren sich in der Folge dergestalt verbessern, daß sie diesen Ersatz,

Digitized by Google

ohne Abbruch ihrer eigenen und der Ihrigen Nothdurft, leisten können.

Mit Recht beschränkt der Appellations-Richter dies Zurückforderungsrecht der Geschwister auf dasjenige, was sie ihren ernährungsunfähigen Geschwistern zum nothdürftigen Unterhalte gegeben haben; was sie etwa über diese gesetzliche Zwangspflicht hinaus, wie hier der Erblasser der Klägerin aus brüderlicher Liebe, auf und für ihre Geschwister verwandt, fällt unter den Begriff einer reinen Liberalität und wird, sofern es ohne Vorbehalt gegeben, nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1042. a. a. O. für geschenkt angesehen. In einem solchen Falle bleiben die sonstigen allgemeinen Grundsätze von nützlichen Verwendungen — Allgem. Landrecht I. 13. Abschn. 8., — ausgeschlossen. Was in der deutlich erklärten oder nach Vorschrift der Gesetze zu vermuthenden Absicht, wohlthätig oder freigebig zu sein, Jemandem gegeben oder geleistet worden, kann unter dem Vorwande der geschehenen Bereicherung desselben nicht zurück-, noch kann Ersatz oder Vergütung dafür gefordert werden, § 280. I. 30. des Allg. Landrechts. Auf diese Weise vereinigen sich die Vorschriften der §§ 15. 21. II. 3. des Allg. Landrechts sowohl unter sich, als auch mit dem § 1042. I. 11. des Allg. Landrechts, am einfachsten und natürlichsten.

Die unzweifelhaft bestehende Beziehung des § 21. auf den § 15. verkennen die Imploranten offenbar, wenn sie das den Geschwistern im § 31. eingeräumte Rückforderungsrecht unbedingt auf Alles extendiren, was jene irgendwie auf den Unterhalt ihrer Geschwister verwandt haben; und ebenso sprechen sie mittelbar dem § 1042. I. 11. des Allg. Landrechts hinsichtlich der Geschwister alle Bedeutung ab, wenn sie in demselben nur eine allgemeine Regel erkennen wollen, von der der § 21. a. a. O. eine, nach ihrer Deutung indessen ebenso generelle, Ausnahme enthalte.

Digitized by Google

No. 31. — IV. Senat. Sitzung v. 18. Sept. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Bromberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Begriff eines Erben und eines Legatars. — Einklagung von Nachlaßschulden einer durch den Tod des Mannes getrennten gütergemeinschaftlichen Ehe.

a. Sind bei bestandener landrechtlicher ehelicher Gütergemeinschaft in dem Testamente des Ehemannes seine Ehefrau als Universalerbin, seine mit ihr erzeugten Kinder aber als Legatare in die ihnen gesetzlich gebührende Hälfte des Nachlasses eingesetzt, so sind die letzteren für seine Erben, und zwar in dessen ganzen Nachlaß, zu erachten, während der Wittwe die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens als ihr Eigenthum gebührt.*

A. L. R. I. **12**. §§ 4. 6., II. **1**. §§ 637. 638.

b. Daher können bis zur Auseinandersetzung der Wittwe und Kinder die Nachlaßschulden nur gegen jene und diese gemeinschaftlich eingeklagt werden, wenngleich die Wittwe bis dahin allein den Besitz und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens hat.

A. L. R. I. **17**. § 127., II. **1**. §§ 656. 661.

In dem Testamente des verstorbenen Karl S. vom 18. März 1842 waren seine Wittwe, mit welcher er in der landrechtlichen ehelichen Gütergemeinschaft gelebt hatte, als Universalerbin, und seine mit derselben erzeugten fünf Kinder als Legatare in die ihnen gesetzlich gebührende Hälfte des Nachlasses eingesetzt. Die Wittwe Karl S. wurde hiernächst von dem Gutsbesitzer Moritz S. auf den Grund zweier von dem Erblasser ausgestellten

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 7. S. 159.

Digitized by Google

Schuldscheine auf Zahlung von 680 Rthlrn. allein in Anspruch genommen. — Der Appellations-Richter verurtheilte die Verklagte, unter Abänderung des ersten Urtheils, für den Fall der Ableistung eines dem Kläger auferlegten nothwendigen Eides zur Zahlung der eingeklagten Summe bei Vermeidung der Exekution in das bei dem Tode ihres verstorbenen Ehemannes vorhanden gewesene gütergemeinschaftliche Vermögen.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision der Verklagten das Appellations-Urtheil abgeändert und den Kläger angebrachtermaaßen abgewiesen.

Gründe:

Schon die vorigen Richter haben mit Recht angenommen, daß die nominelle Ernennung der Verklagten zur Universalerbin in dem Testamente vom 18. März 1842 und die Bezeichnung der Kinder als Legatare in demselben einflußlos ist, da den Kindern eine bestimmte einzelne Sache nicht hinterlassen worden, — § 6. I. 12. des Allg. Landrechts, vielmehr angeordnet ist, daß sie die gesetzlich ihnen gebührende Hälfte des Nachlasses erhalten sollten. Sind solchergestalt die Kinder als Erben des Vaters anzusehen, sind sie sogar in dessen ganzen Nachlaß eingesetzt, da die Frau zufolge § 637. II. 1. a. a. O. die eine Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens als ihr Eigenthum zurücknimmt, so leidet es keinen Zweifel, daß die Passiva des Nachlasses nur gemeinschaftlich gegen die Kinder und die Wittwe eingeklagt werden können. Der § 127. I. 17. des Allg. Landrechts, welcher dies bei Erben überhaupt anordnet, muß in diesem Verhältnisse zur Anwendung kommen zufolge § 661. II. 1. daselbst, und zwar umsomehr, da die Wittwe nicht einmal als eigentliche Erbin anzusehen ist, vielmehr nur ihre Hälfte zurückerhält. In Ansehung des gütergemeinschaftlichen Verhältnisses entsteht nach der landrechtlichen Theorie durch Schulden, welche der Mann allein kontrahirt, eine persönliche Haftbarkeit für die Frau über

Digitized by Google

das gütergemeinschaftliche Vermögen hinaus nicht; nach § 380. a. a. O. haftet blos das Vermögen für alle während der Ehe von ihm kontrahirten Schulden. Das juristische Verhältniß stellt sich also nach Auflösung der Ehe durch den Tod dahin, daß als die persönlichen Successoren des Mannes die Erben, mithin im vorliegenden Falle die Kinder, anzusehen sind, und die Wittwe nur als die sekundär Betheiligte erscheint, sofern sie zugeben muß, daß die Schuld aus ihrer Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens entnommen wird. Man kann mit dem zweiten Richter dem Kläger prozessualisch zulassen, daß er im ersten mündlichen Termin erster Instanz den eventuellen Antrag auf die Haftbarkeit der Verklagten mit dem gütergemeinschaftlichen Vermögen, nach welchem erkannt ist, noch gestellt hat, da in der Klage das obwaltende Verhältniß der Gütergemeinschaft schon angeführt war. Aber dieser Antrag bedurfte nothwendig der Zuziehung der Hauptbetheiligten, der Erben des Mannes, gegen die eigentlich die Existenz der Schuld erstritten ist. Daß zufolge § 656. II. 1. die Wittwe bis zur Auseinandersetzung im Besitze und Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens bleibt, hat auf die Frage, wer als der Verpflichtete in Anspruch zu nehmen ist, keinen Einfluß.

Hiernach mußte der Kläger die Klage gegen die Kinder und die Wittwe zusammen richten.

No. 32. — V. (Rheinischer) Senat.

Sitzung vom 18. September 1855.

Kassations-Rekurs.

Gericht I. Instanz: Handels-Gericht in Köln.

Zurückzahlung der seitens des Wechselinhabers von dem späteren Falliten erhobenen Wechselbeträge.

a. Der Wechselinhaber muß diejenigen Wechselbeträge, welche von dem späteren Falliten in der Zeit zwischen dem

Digitized by Google

das Falliment aussprechenden Urtheil und dem durch dieses Urtheil bestimmten Datum des materiellen Falliments gezahlt sind, nach Rheinischem Rechte zur Fallimentsmasse zurückzahlen.

Handels-Gesetzbuch Art. 437. 441. 442. ff. 447.; Bürgerliches Gesetzbuch Art. 1238.

b. Die Deutsche Wechselordnung hat hieran Nichts geändert.*

Allgem. Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 8. 14. 23. 41. 78. 81. 83. 98.

Joseph F. wurde durch Urtheil des Handelsgerichts zu Crefeld vom 18. März 1854 für fallit erklärt. Die Eröffnung des Falliments aber wurde durch ein späteres Urtheil des nämlichen Gerichts auf den 23. Mai 1853 zurück datirt. In der Zwischenzeit zwischen diesem und jenem Tage hatte der Fallit fünf, theils trockene theils gezogene, von ihm ausgestellte oder acceptirte Wechsel an den Banquier v. B., als damaligen Inhaber derselben, mit zusammen 193 Rthlrn. 22 Sgr. bezahlt. Dieser Hergang veranlaßte den provisorischen Syndikus der Fallitmasse, die genannte Summe von dem v. B. klagend zurückzufordern, weil die Zahlung zu einer Zeit erfolgt sei, wo nach dem späteren Urtheile der Fallit nicht mehr dispositionsfähig gewesen. — Verklagter widersprach diesem Antrage, weil er die Zahlungen in gutem Glauben erhalten habe, die Grundsätze des Wechselrechts der Rückforderung entgegenständen, jedenfalls endlich die gedachten Beträge nicht von ihm, sondern von den Ausstellern der gezogenen resp. den Remittenten der trockenen Wechsel zu fordern sein würden. Er stellte dabei die Ansicht auf, daß bei Zurückdatirung des Falliments die in der Zwischenzeit geleisteten Zahlungen nicht unbedingt ungültig, sondern, wenn sie für fällige Handelsschulden geleistet, nur dann, wenn sie in fraudem creditorum geschehen, zu rapportiren seien.

* Vergl. dagegen § 100. der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855.

Digitized by Google

Das Handels-Gericht erkannte jedoch nach dem Klagean-trage — im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

Wolle man die Bestimmungen der Art. 442–446. des Handels-Gesetzbuchs über die theils nach, theils innerhalb der letzten zehn Tage vor der Falliments-Eröffnung vorgenommenen Dispositionen des Falliten auf den Tag des Urtheils beziehen, so verliere die Bestimmung des Art. 441., welche dem Handels-Gerichte aufgebe, den Zeitpunkt des wirklichen Ausbruchs des Falliments zu untersuchen und festzustellen, und die des Art. 457., welche dies Urtheil für die Gläubiger so wichtig halte, daß es denselben eine Opposition dagegen gestatte, jede Bedeutung. — Allerdings spreche der Art. 442., welcher dem Falliten ipso jure die Administration seines Vermögens entziehe, vom Tage des Falliments, während die Art. 443–446. von den zehn Tagen vor der Eröffnung des Falliments sprächen. Allein man könne nicht annehmen, daß durch diese Verschiedenheit der Ausdrücke verschiedene Tage bezeichnet sein sollten, im Falle des Art. 442. der Tag des Urtheils, in den andern Fällen der durch dasselbe bestimmte Tag der Eröffnung, weil mit der Annahme der bis zum Tage des Urtheils unbeschränkt anerkannten Administrationsbefugniß sich jene weit zurückgreifende Nichtigkeit, z. B. der Hypotheken-Bestellungen (Art. 443.), nicht vereinigen lasse. Man müsse daher annehmen, daß alle diese Artikel von dem durch das Urtheil bestimmten Eröffnungstage sprächen und von demselben an alle Administrations-Akte des Falliten, mithin auch die von ihm geleisteten Zahlungen, der Gesammtheit der Gläubiger gegenüber nichtig seien. — Die Vorschrift des Art. 1238. des Bürgerlichen Gesetzbuches stehe als lex generalis den speziellen Bestimmungen des Handelsrechtes nicht entgegen. Der Art. 74. der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung, welcher verordne, daß der nach Art. 36. legitimirte Inhaber des Wechsels, außer dem Falle des dolus und der culpa lata, nicht zur Herausgabe des Wechsels angehalten werden könne, sei hier nicht anwendbar, da es sich um die Herausgabe des Wechsels

Digitized by Google

nicht handle. Wenn aber auch das Recht der Fallitmasse auf Rückforderungen der geleisteten Zahlungen feststehe, so könne dennoch die Klage derselben nur gegen den Empfänger der Handlungen gerichtet werden, da ihr jede Aktiv-Legitimation dritten, bei den fraglichen Wechseln betheiligt gewesenen, Personen gegenüber fehle.

Gegen dieses Urtheil legte der Verklagte den Kassations-Rekurs ein und stützte denselben auf zwei Kassations-Mittel:

I. Verletzung der Art. 442. und 447. des Handels-Gesetzbuchs und des Art. 1238. des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Weder der Wortlaut noch der Zweck des Art. 442. gestatte die von dem Handels-Gericht adoptirte Auslegung. Er spreche von der Zukunft, nicht von der Vergangenheit, sage nicht: le failli est reputé d'avoir été dessaisi, sondern est dessaisi, bediene sich nicht des im Art. 441. für die Zurückdatirung gebrauchten Ausdrucks, sondern spreche vom Tage des Falliments, und könne nur dahin gedeutet werden, daß die Dispositionsunfähigkeit erst an dem Tage beginne, wo das Gericht sie über ihn verhänge. Noch weniger sei jene Auslegung mit dem Zwecke des Gesetzes vereinbar; denn bei konsequenter Durchführung würde sie bewirken, daß alle Zahlungen, für welche sich der Fallit seinen Lebensunterhalt in der Zwischenzeit verschafft, zurückzufordern seien, was gegen Vernunft und Billigkeit streite. Selbst bei der Interdiktion trete eine solche rückwirkende Kraft auf dem Urtheile vorhergegangene Geschäfte nicht ohne Weiteres ein (Art. 502. 503. des Bürgerlichen Gesetzbuches), und selbst die Bestimmungen der Art. 443–446. zeigten, daß auch bei Fallimenten die Handlungs-Unfähigkeit des Falliten an sich nicht rückwärts wirke. Noch deutlicher gehe dies aber aus dem Art. 447. hervor, welcher eine Nichtigkeit früherer Handlungen und Zahlungen nur da ausspreche, wo sie absichtlich zur Verkürzung der Gläubiger geschehen seien. — Wolle man aber auch den Art. 442. auf die zurückdatirte Fallimentes-Eröffnung beziehen, so folge daraus nicht, daß geleistete Zahlungen zurück-

Digitized by Google

gefordert werden könnten. Auch dann enthalte der Art. 442. nichts dem Art. 1238. Widersprechendes, und man könne nicht annehmen, daß jene Handlungs-Unfähigkeit des Falliten größer sei, als die des Minorennen oder Interdizirten. Daher sei es denn auch unrichtig, wenn das Handels-Gericht den Art. 1238. als eine lex generalis, der durch das Handelsrecht derogirt sei, betrachte, da dies vielmehr nichts Entgegenstehendes enthalte.

Auf diese Ausführung, — welcher, wie Kassations-Kläger einräumte, ein Urtheil des vormaligen Revisions- und Kassationshofes vom 20. Januar 1845 entgegenstehe, während sie in der Französischen Jurisprudenz und von den Französischen Schriftstellern fast einstimmig adoptirt und demnächst durch die Gesetzgebung sanktionirt sei, — entgegnete der Kassationsverklagte: Nicht blos die konstante Praxis der Rheinischen Gerichtshöfe, sondern auch die Entscheidungen mehrerer Französischer Gerichte ständen der angegriffenen Auslegung des Art. 442. zur Seite, welche jedenfalls dem Wortlaute desselben entspreche, da aus dem Mangel der Dispositions-Befugniß die Ungültigkeit aller Dispositionen, wenigstens der Fallitmasse gegenüber, folge, und da die Verbindung der Art. 442–446. unverkennbar zeige, daß diese Unfähigkeit mit der durch das Gericht festgestellten materiellen Insuffizienz eintreten solle. Die Art. 502. und 503. des Bürgerlichen Gesetzbuches könnten dem nicht entgegengestellt werden; denn in Beziehung auf Interdizirte träten ganz andere Rücksichten ein, als beim Handelsverkehr. — Der Art. 1238. aber rede nur von der Fähigkeit zu alieniren, während der Art. 442. viel weiter gehe und dem Falliten selbst die Fähigkeit zu administriren abspreche. Der Grund des Gesetzes liege darin, daß die Güter des Falliten von dem Augenblicke der materiellen Insuffizienz an in das gemeinsame Unterpfand seiner Gläubiger auch auf Dritte nur mit dieser Last übergehen. Die Konsequenzen, welche Kassationskläger anführe, verschwänden, wenn man erwäge, daß der Art. 442.,

Digitized by Google

weil er nur eine Gleichstellung der Gläubiger bezwecke, alle Verkäufe und Veräußerungen, wo Zug um Zug der Werth gegeben werde, nicht berühre. Auch könnten etwaige Härten den Richter nicht berechtigen, sich über das klare Gesetz hinweg zu heben.

II. Kassationsmittel. Verletzung der Deutschen Wechsel-Ordnung und zwar in den Art. 8. 14. 23. 41. 78. 81. 83. und 98. No. 2. 6. 10.

Nach den Grundsätzen des Wechselrechts hafteten solidarisch mit dem Acceptanten und dem Aussteller des trockenen Wechsels die Indossanten und beim gezogenen Wechsel der Trassant. Durch die Zahlung würden sie aber von diesem Nexus liberirt, und ihre Verpflichtung, die übrigens einer kurzen Verjährungsfrist unterliege und durch die Vorlegung einer Protest-Urkunde bedingt sei, lebe nicht wieder auf, wenn dem Empfänger die Zahlung entrissen worden. Der letzte Indossatar würde daher durch diese fruchtlos geleistete Zahlung einen Schaden erleiden, für den kein rechtlicher Grund vorhanden sei. Sollte ein Rückforderungsrecht der Fallitmasse bestehen, so müsse sie daher dasselbe nicht gegen den Inhaber, sondern gegen denjenigen geltend machen, welcher das Wechselrecht begründet hätte, wobei sich dann erst ergeben könne, ob der Masse nicht bereits ein Aequivalent für die Zahlung geworden sei. Jedenfalls stehe aber der Art. 83 der Deutschen Wechsel-Ordnung der Klage entgegen. Die Verhaftung aller Zwischenmänner sei erloschen, die Masse sei nicht Inhaberin des Wechsels, sie könne daher nicht mehr aus dem Wechselgeschäft, sondern nur aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäft auf Grund einer nachzuweisenden Bereicherung klagen.

Kassationsverklagter erwiderte:

Die Artikel 160–176. des Handels-Gesetzbuches hätten im Wesentlichen dieselben wechselrechtlichen Grundsätze aufgestellt, wie die Deutsche Wechsel-Ordnung, diese enthalte daher Nichts, was nicht schon von der früheren Praxis berücksichtigt wäre.

Digitized by Google

Ueberdies hebe die Wechsel-Ordnung nur die in ihr speziell erwähnten älteren Gesetze auf. Nach den Grundsätzen des Wechselrechts sei der letzte Inhaber des Wechsels unzweifelhaft Gläubiger des Wechselschuldners, ihm sei die Zahlung geleistet, von ihm müsse sie zurückgefordert werden. Sollte er dadurch Schaden leiden, so würde die Regel gelten: casum sentit dominus. Uebrigens sei aber auch dem Verklagten durch die Wechsel-Ordnung der Regreß gegen seine Vormänner keinesweges abgeschnitten, da dieselbe nur von dem Wechselregreß Mangels der Zahlung, nicht aber von der Eviktionsleistung aus anderen Gründen, spreche, welche auch nicht an die wechselmäßige Verjährungsfrist gebunden sei.

Das Ober-Tribunal hat in Uebereinstimmung mit dem Antrage des General-Staats-Anwalts den Rekurs verworfen —

in Erwägung:

zum ersten Kassationsmittel:

daß nach Artikel 437. des Handels-Gesetzbuches die Fallite mit dem Augenblicke der Zahlungs-Einstellung vorhanden ist; daß mithin im gesetzlichen Sinne der Tag der Zahlungseinstellung auch der Tag der Fallite ist; daß zwar nach Art. 441. der Ausbruch der Fallite vom Handels-Gerichte zu erklären, zugleich aber auch der Tag desselben auf den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung festzusetzen ist, und das Gesetz Merkmale bezeichnet, aus welchen jener Zeitpunkt zu entnehmen ist;

daß aus diesem Zusammenhange nothwendig folgt, daß das Gesetz, indem es vom Tage der Fallite oder vom Tage des Ausbruchs der Fallite spricht, nur gleichbedeutende Ausdrücke für denselben Tag, den Tag der Zahlungseinstellung, also den Tag des materiellen Fallimentszustandes gebrauchen will; daß mithin, wenn der Art. 442. bestimmt, der Fallirende sei vom dem Tage der Fallite der Verwaltung seines Vermögens von Rechtswegen enthoben, dies nichts Anderes heißt, als: von dem vom Handels-Gerichte festgestellten

Digitized by Google

Tage, an welchem die Zahlungseinstellung erfolgt war, sei — rechtlich betrachtet — dem Fallirenden die Verwaltung seines Vermögens entzogen;

daß es, um dies auszudrücken, einer anderen Fassung des Gesetzes keineswegs nothwendig bedürfte, und daß, wenn in Folge dieser Bestimmung Härten oder Schwierigkeiten in einzelnen Fällen entstehen können, dies doch um so weniger berechtigt, von dem im Zusammenhange der angeführten Gesetze begründeten Sinne des Art. 442. abzugehen, als bei der Annahme, daß unter „Tag der Fallite" in diesem Artikel nicht, wie unter Tag des Ausbruchs der Fallite" in den Art. 443. ff. der Tag der Zahlungseinstellung, sondern der des Falliments-Urtheils zu verstehen sei, der Widerspruch entstehen würde, daß Handlungen, welche zehn Tage vor dem Tage der Zahlungseinstellung vorgenommen würden, in den Art. 443. ff. in Beziehung auf die Gläubiger für nichtig erklärt wären, während eine solche Nichtigkeit nicht einträte, wenn dieselbe Art von Handlungen nach Einstellung der Zahlungen und bis zum Tage des Falliments-Urtheils stattgefunden hätte;

daß hiergegen die über die Wirkung einer Interdiktion auf frühere Rechtsgeschäfte bestimmenden Art. 502. und 503. des Civilgesetzbuches, auf welche Kassationskläger sich bezogen, schon wegen der gänzlichen Verschiedenheit der bei Fallimenten eintretenden Rücksichten nicht in Betracht kommen können;

daß, wenn dennoch der Art. 442. des Handels-Gesetzbuches den Fallirenden mit dem vom Handels-Gerichte festgestellten Tage der geschehenen Zahlungseinstellung jedes Verfügungsrechts über sein Vermögen verlustig erklärt, damit auch die von ihm später geleisteten Zahlungen für unwirksam erklärt sind, und die gezahlte Summe, als unbefugt dem Vermögen entzogen, zu demselben wieder zurückzubringen ist;

daß der Art. 447. a. a. O. dem nicht entgegensteht, indem er nur die Bestimmung des Art. 1167. des Civilgesetzbuches wiederholt, nach welcher alle in fraudem creditorum vorge-

Digitized by Google

nommenen Rechtshandlungen eines Schuldners ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Vornahme der Vernichtung unterliegen, keineswegen aber ausspricht, daß beim Falliment nur die in fraudem creditorum geleisteten Zahlungen für nichtig zu erachten seien;

daß zwar der Kassationskläger, zur Aufrechterhaltung der zwischen der vom Handelsgerichte festgestellten Zeit der Zahlungseinstellung und dem Falliments-Urtheil von dem Gemeinschuldner F. an ihn geleisteten Zahlung, auch auf die Bestimmung des Art. 1238. des Civilgesetzbuches Bezug genommen hat, nach welcher die Zahlung einer Geldsumme gegen den Gläubiger, welcher sie in gutem Glauben verbraucht hat, nicht zurückgefordert werden kann, wenngleich der Zahlende nicht fähig war, dieselbe zu veräußern; daß aber diese Bestimmung in dem angefochtenen Urtheile mit Recht für unanwendbar auf Fälle vorliegender Art erachtet worden ist; daß nämlich für das Fallimentsverfahren hauptsächlich die speziell dafür im Handelsgesetzbuche gegebenen Vorschriften maaßgebend sind, und allgemeine Bestimmungen des Civilrechts dann als durch dieselben ausgeschlossen betrachtet werden müssen, wenn sie mit dem bei jenen Vorschriften obwaltenden Gesichtspunkte und Zwecke in Widerspruch treten;

daß dieses aber bei der Bestimmung des Art. 1238. des Civilgesetzbuches der Fall ist, — daß nämlich die Vorschriften der Art. 441. ff. des Handels-Gesetzbuches einestheils auf der Voraussetzung beruhen, daß, wenn ein Handelsmann seine Zahlungen einstellt, ein solches Ereigniß nach der Natur des Handelsverkehrs alsbald allgemeine Verbreitung erhält, daher auch dem bekannt gewesen, der mit ihm sich nachher noch eingelassen, eine Voraussetzung, die der Anwendung des Art. 1238. widerstrebt;

daß anderntheils aber auch der Zweck jener Bestimmungen über die Wirkungen des Ausbruchs des Fallissements gerade der ist, zu verhüten, daß das Vermögen eines im materiellen Fallimentszustande befindlichen Handelsmannes der Gesammtheit seiner Gläubiger, welche bei solcher Lage verhältnißmäßig be-

Digitized by Google

friedigt werden sollen, entzogen werde, und daß dieser Zweck vereitelt würde, wenn man dem Art. 1238. auf Fälle vorliegender Art Anwendung gestatten wollte;

daß daher das angefochtene Urtheil, indem es in diesem Sinne entschied, weder die Art. 442. und 447. des Handelsgesetzbuches, noch den Art. 1238. des Civilgesetzbuchs verletzt hat;

zum zweiten Kassationsmittel:

daß die Deutsche Wechsel-Ordnung keine Bestimmung enthält, welche die Anwendung des Art. 442. des Handelsgesetzbuchs auf wechselmäßige Zahlungen des Falliten ausschließt; daß dieselbe mithin auch durch die dem Art. 442. entsprechende Entscheidung des Handels-Gerichts nicht verletzt sein kann;

daß bei der Begründung der Klage aus dem Art. 442. der Umstand, daß der Kassationskläger durch die Rückforderung der ihm geleisteten Zahlung in eine ungünstigere Lage gekommen sei, als wenn er dieselbe gar nicht empfangen, die Kassationsverklagte nicht an der Geltendmachung ihres Rechtes hindern kann, daß vielmehr der etwaige, durch diesen Hergang dem Kassationskläger entstehende, Schaden der Kassationsverklagten gegenüber als ein durch seine eigene Handlung, nämlich durch die Annahme einer Zahlung von der unfähigen Person des Falliten, entstandener zu betrachten ist;

daß die Fallitmasse ihr Rückforderungsrecht nur gegen den Kassationskläger, da er die Zahlung in eigenem Namen empfangen hatte, und nicht etwa gegen die früheren Wechsel-Inhaber richten kann, da dieselben von dem Falliten keine Zahlung empfangen haben;

daß die Frage, ob und gegen wen der Kassationskläger wegen der ihm durch die gegenwärtige Klage entzogenen Valuta des Wechsels seinen Regreß nehmen kann, nicht zum Gegenstande des gegenwärtigen Prozesses gehört, und mithin auch der hierbei in Betracht kommende Artikel 83. anwendbar war und ebensowenig, wie die sonstigen vom Kassationskläger angeführten Artikel der Deutschen Wechsel-Ordnung, verletzt sein kann.

Digitized by Google

No. 33. — III. Senat. Sitzung v. 19. Sept. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Bochum.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Blinde Muthung. Bezeichnung des Fundorts in dem Muthzettel nach der Kleve-Märkischen Bergordnung.

a. Die Muthung ist nur dann eine blinde, wenn der Ort des Fundes und das gefundene Material gar nicht angegeben sind.*

b. Das in der Kleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April 1766 vorgeschriebene Formular eines Muthzettels ergiebt nicht, daß der Fundort darin nothwendig so genau bezeichnet sein müsse, um ihn darnach ohne weitere Ermittelung auffinden zu können, vielmehr deuten die in dem Formulare enthaltenen Worte: „am Berge, in der Haide, im Amte, im Gerichte," nur auf eine ungefähre Bezeichnung hin.

Kleve-Märkische Bergordnung vom 29. April 1766 Kap. 2. §§ 1-4. (N. C. C. Tom. 4. Kol. 317. ff.); A. L. R. II. 16. §§ 154. ff.

Der Rechtsanwalt W. und Genossen hatten am 10. Dezember 1850 auf ein Kohleneisensteinflötz unter dem Namen „Elisabeth" Muthung eingelegt. Den Fundpunkt bezeichneten sie in ihrem Muthzettel als auf dem Weidegrunde des Landwirths Arnold Vosnacken, genannt Kempelmann, und zwar an Bahrenberg's Wiese in der Bauerschaft Nieder-Wenigern im Amte Hattingen belegen. Wilhelm S. widersprach dieser Beleihung, indem er behauptete, dasselbe Flötz bereits im Juni oder Juli 1850 gefunden und am 3. September 1850 unter dem Namen „Aetna" gemuthet zu haben. Diese Muthung lautete über ein

* Vergl. Karsten, Grundriß der Bergwerkslehre § 93.; Archiv für Rechtsfälle Bd. 9. S. 42.

Digitized by Google

praeter propter 120 Lachter südlich von Kempelmann zu Tage liegendes Kohleneisensteinflötz."

Die Eigenthümer der Muthung „Elisabeth" hielten die Muthung des S. für eine s. g. blinde, daher für nichtig, bestritten eventuell auch die Identität der Lagerstätten und erachteten demgemäß den Widerspruch desselben gegen ihre Beleihung für unbegründet. Sie wurden daher gegen den Kurator des inzwischen über das Vermögen des S. eröffneten Konkurses klagbar, welcher letzterer seinerseits widerklagend das Vorzugsrecht vor der Muthung der Kläger in Anspruch nahm. — Der erste Richter erkannte nach dem Klageantrage und wies den Verklagten mit seiner Widerklage ab. Der zweite Richter wies dagegen die Kläger ab und verurtheilte dieselben nach dem Antrage in der Widerklage.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision der Kläger das Appellations-Urtheil bestätigt und in den

Gründen

Folgendes ausgeführt:

Die Muthung des Verklagten hat wegen ihres größeren Alters, und weil dem S. Finderrechte an dem gemutheten Flötze zustehen, den Vorzug vor der der Kläger, — §§ 154. und 363. II. 16. des Allgem. Landrechts. Allerdings ist in der Muthung des Verklagten der Ort, wo der Fund gemacht worden ist, nicht ganz genau bezeichnet, indem die Angabe: „ein praeter propter 120 Lachter südlich von Kempelmann zu Tage liegendes Kohleneisensteinflötz," einestheils ziemlich unbestimmt ist, anderntheils mit den späteren Ermittelungen insofern nicht übereinstimmt, als das im Augenscheinstermine vorgezeigte Flötz über 200 Lachter südlich vom Kempelmann'schen Hause entfernt ist. Dieses berechtigt aber nicht, die Muthung des Verklagten, wie der erste Richter thut, für eine blinde zu erachten, was nur dann gerechtfertigt sein würde, wenn der Ort des Fundes und das gefundene Mineral gar nicht angegeben wäre,

Digitized by Google

— vergl. Karsten Grundriß § 93. Die Bezeichnung des Fundorts in der Muthung des Verklagten ist insofern richtig, als die Richtung: „südlich von Kempelmann" mit den Ermittelungen in der Augenscheins-Verhandlung übereinstimmt.

Die Ungenauigkeit besteht hauptsächlich in der Größe der in Lachtern angegebenen Entfernung von Kempelmann. Allein mit Recht sagt der Appellations-Richter, daß sich in dieser Beziehung S., da er kein Sachverständiger sei, leicht irren konnte. **Auch ergiebt das in der Bergordnung vom 29. April 1766 vorgeschriebene Formular eines Muthzettels nicht, daß der Fundort darin nothwendig so genau bezeichnet sein müsse, um ihn darnach ohne weitere Ermittelung auffinden zu können, vielmehr deuten die im Formular enthaltenen Angaben: „am Berge, in der Haide, im Amte, im Gerichte" nur auf eine ungefähre Bezeichnung hin.**

Was jetzt die Revidenten davon sagen, daß es mehrere Personen mit Namen Kempelmann gebe, kommt als verspätet nicht in Betracht, weil sie unterlassen haben, dies in den früheren Instanzen gehörig anzubringen, und insbesondere darzuthun, daß in der Muthung des S. auch ein anderer Kempelmann gemeint sein könne. Die oben gedachte Ungenauigkeit in der Bezeichnung in Verbindung mit dem allerdings auffallenden Umstande, daß in der Augenscheins-Verhandlung vom 5. Juni 1851 der S. seinen Fund an derselben Stelle vorgezeigt, wo schon vorher die Kläger den ihrigen vorgezeigt hatten, kann nur Veranlassung sein, sich darüber zu vergewissern, daß S. nicht etwa, wie Kläger behaupten, erst, nachdem er von ihrer Muthung Kenntniß erhalten, seine Muthung auf das von den Klägern gemuthete Flötz auszudehnen versucht habe. Dieser Verdacht wird aber durch die Aussage der an Ort und Stelle vernommenen Zeugen vollständig widerlegt. Aus diesen, insbesondere aus der Aussage des N. und der des X., ergiebt sich nämlich mit Bestimmtheit, daß S. das jetzt streitige Flötz schon

Digitized by Google

vor der von den Klägern eingelegten Muthung als von ihm gemuthet bezeichnet hat. Hieraus, sowie aus den Aussagen der übrigen an Ort und Stelle vernommenen Zeugen, namentlich des B., W. und K., geht zugleich hervor, daß S. dieses Flötz schon lange vor der von den Klägern eingelegten Muthung gekannt hat, daß er mithin als erster Finder desselben zu betrachten ist.

Die auf den Antrag der Kläger vernommenen Zeugen haben Nichts bekundet, woraus sich ein Vorzugsrecht für ihre jüngere Muthung herleiten ließe. Ihre Aussagen gehen im Wesentlichen nur dahin, daß S. ein Vorzugsrecht vor der Muthung der Kläger behauptet und sich dabei darauf gestützt hat, daß das Flötz in seinem Schürffelde liege. Dagegen ergiebt die Aussage des schon erwähnten Zeugen K., daß Vosnacken, welcher die Muthung Elisabeth eingelegt, selbst das in Rede stehende Flötz als von S. gefunden bezeichnet und geäußert habe: „er habe dieses Flötz auf den zufälligen Fund gemuthet, S. habe kein Geld mehr, er könne nicht mehr bezahlen.“ Hiernach muß man annehmen, daß Vosnacken sich den Fund des S. anzueignen gesucht hat in der Meinung, derselbe könne die Rechte aus demselben wegen Mangels an Geld nicht weiter verfolgen.

Das Vorstehende ergiebt unzweifelhaft das Vorrecht der Muthung des Verklagten.

No. 34. — III. Senat. Sitzung v. 24. Sept. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Glatz.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Breslau.

Uebernahme einer Hypothekenschuld in Abrechnung auf das Kaufgeld.

a. **Hinsichtlich der beiden Erfüllungsarten der dem Käufer des Grundstücks gegen den Verkäufer entstandenen**

Digitized by Google

persönlichen Verpflichtung, entweder die in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommenen hypothekarischen Schulden zu zahlen oder die Befreiung des Verkäufers von seiner persönlichen Verbindlichkeit gegen die betreffenden Hypothekengläubiger zu bewirken, — steht die Wahl nicht dem Verkäufer, sondern dem Käufer zu.*

A. L. R. I. **20.** § 54., **5.** § 274.

b. Der Käufer, welchem bei Abschluß des Kaufvertrages bekannt war, daß die von ihm als Selbstschuldner übernommene Hypothekenschuld auch auf ein anderes Grundstück des Verkäufers eingetragen worden, ist auch die Löschung dieser anderweiten Hypothek zu erwirken verpflichtet, wenngleich letztere von dem Gläubiger noch nicht geltend gemacht worden ist.**

A. L. R. I. **20.** § 54., **4.** § 19., **5.** §§ 253. 270.

Mittelst notariellen Vertrages vom 31. Juli 1850 kaufte der Gastwirth W. von dem Gastwirth S. den zu Glatz belegenen Gasthof „zu den drei Linden" für 3850 Rthlr. und übernahm in Abrechnung auf die Kaufgelder unter Anderem die auf dem erkauften Grundstücke Rubrika III. No. 8. eingetragene Post von 2000 Rthlrn. als Selbstschuldner. Für diese 2000 Rthlr. haftete gleichzeitig noch ein dem Verkäufer gehöriges Gartengrundstück, was jedoch aus dem Vertrage nicht erhellte. S. hielt den W. auf den Grund des Kaufvertrages für verpflichtet, auch die Löschung der auf diesem Gartengrundstück haftenden Hypothek für die 2000 Rthlr. zu bewirken, und wurde deshalb gegen denselben klagbar. — Der Verklagte widersprach dieser Klage, weil dieser anderweiten Hypothek im

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 2. S. 292., Bd. 6. S. 342.; Präjudiz No. 1096. (Plenarbeschluß) vom 14. Februar 1842, Präjudizien-Sammlung S. 111. und Entscheidungen Bd. 7. S. 298.

** Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 2. S. 292.

Digitized by Google

Vertrage nicht erwähnt, dieselbe nicht vom Kläger, sondern von dessen Vorbesitzer stipulirt worden sei, und aus der selbstschuldnerischen Uebernahme der auf dem verkauften Grundstücke eingetragenen 2000 Rthlr. ein Eintritt in die Verpflichtung des Klägers hinsichtlich der andern 2000 Rthlr. nicht gefolgert werden könne. — Die Instanz-Richter erkannten nach dem Klageantrage. Der Appellations-Richter begründete seine Entscheidung in nachstehender Art:

„Bei Beurtheilung des Falles komme es auf die Beantwortung der Frage an, welche Wirkungen die Uebernahme einer Post in Abrechnung auf das Kaufgeld als Selbstschuldner habe. In dieser Beziehung sei es von dem höchsten Gerichtshofe gleichmäßig ausgesprochen worden, daß die bloße Uebernahme hypothekarischer Schulden auf Abrechnung der Kaufgelder von Seiten des Käufers denselben verpflichte, entweder Zahlung der übernommenen Post zu leisten, oder die Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit gegen den Hypothekengläubiger zu bewirken. Es sei wohl klar, daß eine solche Uebernahme in ihren Wirkungen der Baarzahlung gleichzustellen sei. Der Verkäufer könne aber nach seiner Wahl das Eine oder das Andere verlangen. Es habe ihm mithin freigestanden, auf Zahlung der übernommenen Post an den Gläubiger zu klagen, und das zweifellose Resultat würde gewesen sein, daß auch die auf dem Gartengrundstücke eingetragenen 2000 Rthlr. zur Löschung kommen müßten. Auch sei diese Klage nicht dadurch bedingt, daß bereits ein Anspruch auf Zahlung erhoben worden sei, vielmehr komme es nur darauf an, daß die Zahlung überhaupt gefordert werden könne. Dies letztere sei außer Zweifel. Von dem Umstande, daß Kläger die Exnexuation hinsichtlich der andern 2000 Rthlr. verlange, könne das Recht desselben nicht abhängen, denn das Schicksal beider 2000 Rthlr. sei nicht von einander zu trennen. Wolle man aber trotzdem den Kläger abweisen, so habe der Verklagte

Digitized by Google

seine Verpflichtung zur Exnexuation nicht erfüllt, und es fehle somit die hauptsächlichste Wirkung der Baarzahlung."

Das Ober-Tribunal hat die von dem Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zwar für **begründet** erachtet, in der Sache selbst jedoch das Appellations-Urtheil aufrecht erhalten.

Gründe:

Die Entscheidung des Appellations-Richters beruht hauptsächlich auf der Annahme:

daß dem **Verkäufer** die Wahl zustehe, entweder die Zahlung der in Abrechnung auf die Kaufgelder übernommenen Post an den Gläubiger, oder anderweitige Befreiung von dieser Verbindlichkeit zu fordern, daß es ihm daher freigestanden haben würde, gegen den Käufer auf Zahlung der übernommenen Post an den Gläubiger zu klagen, und daß dieses auch die Löschung der Post auf dem mitverhafteten Gartengrundstücke zur Folge gehabt haben würde.

Mit Recht führt Implorant hiergegen aus, es ergebe sich aus dem Plenarbeschlusse vom 14. Februar 1842 (Entscheidungen Band 7. Seite 298.), **daß nicht dem Verkäufer, sondern dem Käufer, als Verpflichteten, die Wahl zwischen den beiden Erfüllungsarten in der Weise zustehe, daß er die Schuldbefreiung des ersteren nach seinem Belieben entweder durch baare Zahlung an den Gläubiger, oder auf andere Weise durch Beschaffung einer Schuldentlassungs- oder Löschungs-Einwilligungs-Urkunde bewirke.** Nach dem gedachten Plenarbeschlusse und der Ausführung im Bande 1. Seite 96. der Entscheidungen, auf welche bei der Motivirung des Plenarbeschlusses verwiesen wird, geht das Recht des Verkäufers hinsichtlich einer vom Käufer in partem pretii übernommenen Hypothekenschuld dahin, daß er von aller Verpflichtung für dieselbe befreit werde. Wie diese Befreiung zu bewirken, ist Sache des Käufers, und der Verkäufer ist daher in der Regel auch nicht berechtigt, ge-

Digitized by Google

rade eine der möglichen Arten, auf welche die Befreiung bewirkt werden kann, insbesondere die Zahlung an den Gläubiger, zu fordern. Die entgegengesetzte Annahme des Appellations-Richters verstößt gegen den mehrgedachten Plenarbeschluß und gegen § 274. I. 5. des Allgem. Landrechts, nach welchem, wenn von mehreren Sachen eine versprochen worden, in der Regel dem Verpflichteten die Wahl zusteht, welche er geben wolle.

Hiernach mußte die erhobene Richtigkeitsbeschwerde für begründet erachtet werden.

In der Sache selbst war jedoch das angefochtene Erkenntniß seinem ganzen Inhalte nach aufrecht zu erhalten.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob in Fällen der vorliegenden Art unter allen Umständen der Käufer verpflichtet sei, auch die Löschung der übernommenen Post auf dem anderen Grundstücke, auf dem sie mit eingetragen worden, zu bewirken; im vorliegenden Falle muß eine solche Verpflichtung des Käufers angenommen werden. Derselbe hat die in Rede stehenden 2000 Rthlr. als Selbstschuldner übernommen, und schon dies deutet darauf hin, daß es in der Absicht der Kontrahenten gelegen, daß der Verkäufer von seiner bisherigen Verpflichtung für die 2000 Rthlr. gänzlich befreit werden sollte. Hierzu kommt aber noch, daß, wie der bei den Akten befindliche Hypothekenschein ergiebt, bei Eintragung der 2000 Rthlr. auf dem verkauften Grundstücke bemerkt ist, daß dafür auch das Gartengrundstück verpfändet sei, und daß der Verklagte sich mit der Unwissenheit dieser aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Thatsache nicht entschuldigen darf, — § 19. I. 4. des Allgemeinen Landrechts. Wenn er dessenungeachtet die 2000 Rthlr. als Selbstschuldner übernahm, so muß dieses dahin verstanden werden, daß er auch verpflichtet sei, die Löschung derselben auf dem mitverpfändeten Gartengrundstücke zu bewirken.

In zweiter Instanz hat Verklagter noch unter Bezugnahme auf Band 19. Seite 203. der Entscheidungen geltend gemacht,

Digitized by Google

daß der Anspruch des Klägers zur Zeit unbegründet sei, weil derselbe voraussetze, daß von Seiten des Gläubigers der Anspruch auf Zahlung bereits erhoben sei. Dies ist jedoch in der in Bezug genommenen Entscheidung nicht ausgesprochen, das Gegentheil sogar in einem anderen, im zweiten Bande des Archivs für Rechtsfälle Seite 292. abgedruckten, Erkenntnisse angenommen worden.

No. 35. – I. Senat. Sitzung v. 24. Sept. 1855.

Revision.

Gericht: I. Instanz: Kreis-Gericht in Friedeberg.
Gericht: II. Instanz: Appellations-Gericht in Frankfurt.

Väterlicher Konsens zur Heirath.

Der auf Ertheilung des Konsenses zur Verheirathung seines Kindes belangte Vater ist berechtigt, eine ihm nach Einreichung des Appellations-Berichtes von dem Kläger zugefügte Beleidigung noch im Audienztermine geltend zu machen.

A. L. R. II. 1. §§ 66. 67. 111., II. 2. § 413.

Der Kläger forderte die Ertheilung des Konsenses zur Ehe mit des Verklagten Tochter. — Die Vorrichter verurtheilten den Verklagten, und bezeichnete namentlich der zweite Richter die im Audienztermin zweiter Instanz vom Verklagten aufgestellte Behauptung: er sei inzwischen von dem Kläger gröblich beleidigt worden, — als verspätet.

Auf eingelegte Revision hat das Ober-Tribunal unter Aufhebung des zweiten Urtheils die Instruktion dieser Thatsache und demnächstige anderweitige Entscheidung in zweiter Instanz angeordnet.

Digitized by Google

Gründe:

Es hat der Verklagte im letzten Audienztermine am 7. Februar 1855 behauptet, daß der Kläger ihn vor 8 Wochen mit einem Steine geworfen habe, und er hat sich darüber der Eidesdelation bedient. Der Appellations-Richter erachtet diese Thatsache, als erst neuerdings sich ereignet, der Berücksichtigung nach § 42. der Verordnung vom 1. Juni 1833 nicht mehr für zulässig. Allein wenn man annehmen muß, daß durch das Werfen mit einem Steine der Verklagte thätlich gröblich beleidigt worden, und eine solche Beleidigung ihn nach den §§ 66. 67. II. 1. und § 413. II. 2. des Allgem. Landrechts zur Versagung seines Konsenses berechtigt, so kann diese Thatsache mit Rücksicht auf die Bestimmungen im § 111. II. 1. des Allgem. Landrechts für verspätet angebracht nicht erachtet werden. Denn nach dieser Vorschrift kann der Vater sogar seine schon ertheilte Einwilligung wieder zurücknehmen, wenn Umstände, weswegen er seine Genehmigung zu versagen befugt ist, sich erst in der Folge ereignen, und um so mehr muß er dazu, zur Versagung, berechtigt sein, wenn er diese Einwilligung noch gar nicht ertheilt hat. Das Gesetz hat einen Zeitpunkt nicht fixirt; daher ist die erst im Laufe des Prozesses vorgefallene Thatsache allerdings noch zu berücksichtigen, und deshalb mußte die zu erfordernde Erklärung des Klägers über den ihm angetragenen Eid, eventuell die Normirung und Abnahme desselben, angeordnet werden.

Digitized by Google

No. 36. — II. Senat. Sitzung v. 25. Sept. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Soest.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Anlegung neuer Fenster und Thüren in dem beiden Häuser-Nachbarn gemeinschaftlichen Zwischenraum.

Die Vorschriften der §§ 138. und 148. I. 8. des Allg. Landrechts, — betreffend die Verstäbung und Vergitterung der behufs Lichtverschaffung in der an des Nachbars Hof oder Garten stoßenden Wand des Gebäudes anzulegenden Oeffnungen und die Untersagung der Anlage neuer unmittelbar auf des Nachbars Grund führender Thüren, — finden dann nicht Anwendung, wenn der Zwischenraum beiden Nachbarn gemeinschaftlich gehört.

A. L. R. I. 8. §§ 138. 148.

Der Kaufhändler S., dessen Haus von dem seines Nachbars, des Gastwirths H., durch eine Gasse getrennt ist, behauptete, daß letzterer bei dem im Jahre 1849 stattgehabten Neubau seines Hauses dadurch, daß er die in dem alten Gebäude befindlich gewesene Holzpforte tiefer in die Gasse hinein, und außerdem neue, große Fenster ohne Stäbe und Gitter angelegt, seine, des S., Rechte verletzt habe, die Gasse möge, wie er zunächst behauptete, sein alleiniges, oder wie er eventuell behauptete, sein und des H. gemeinschaftliches Eigenthum sein, — §§ 138–148. I. 8. des Allgem. Landrechts. Er klagte deshalb gegen den H. mit dem Antrage, denselben zu verurtheilen, die Pforte wieder wegzunehmen und die Fenster mit eisernen nur zwei Zoll von einander stehenden Stäben, oder mit einem Drathgitter zu verwahren. — Der Appellations-Richter wies, unter Abänderung des Erkenntnisses erster Instanz, den Kläger ab, indem er den Beweis des alleinigen Eigenthums des Klägers

Digitized by Google

an der Gasse für nicht dargethan, auf eine im gemeinschaftlichen Eigenthum beider Nachbarn befindliche Gasse aber die Vorschriften der §§ 138. und 148. a. a. O. für nicht anwendbar erachtete.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers verworfen.

Gründe:

Der § 138. I. 8. des Allgem. Landrechts verordnet in seiner unmittelbaren Verbindung mit § 137.: „daß, wenn von Jemand zur Erlangung von Licht in seinem Gebäude in einer unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten stoßenden Wand Oeffnungen gemacht werden sollen, dieselben in der dem Verklagten vom ersten Richter auferlegten Art verstäbt oder vergittert werden müssen"; und der § 148. a. a. O. untersagt „die Anlage neuer Thüren, welche unmittelbar auf des Nachbars Grund führen, wider dessen Willen."

Der Implorant meint, diese Vorschriften seien auch anwendbar auf einen im Miteigenthum beider Nachbarn befindlichen Zwischenraum, also, daß die Vermehrung der Fenster in dem neuaufgebauten Hause des Verklagten und die Verlegung der Thüre der Beschränkung, beziehungsweise der Untersagung der §§ 138. und 148. a. a. O. unterworfen seien. Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizupflichten. Sowohl der § 138. als der § 148. beschränken sich, nach ihrem wörtlichen Ausdrucke, nur auf die Fälle, in denen demjenigen, welcher sein Haus mit neuen Fenstern oder Thüren versehen will, ein Miteigenthum an dem Grundstücke, auf welches dieselben führen, nicht zusteht. Ihre Anwendung ist beschränkt auf des Nachbars Hof oder Garten, resp. „des Nachbars Grund und Boden", — Ausdrücke, welche schon ihrem Wortsinne nach den Fall nicht umfassen, in welchen das Grundstück beiden Nachbarn gemeinschaftlich gehört. Eine ausdehnende Erklärung dieser Gesetze würde mit dem anerkannten Rechtsgrundsatze im Widerspruche stehen, daß Beschränkungen der

Digitized by Google

Dispositionsbefugniß des Eigenthümers — hier des Hauseigenthümers — nicht ausdehnend erklärt werden dürfen. Auch ist im § 24. I. 8. des Allgem. Landrechts das durchgreifende Prinzip ausgesprochen: „daß Einschränkungen des einem jeden Theilnehmer zukommenden Rechts nur insofern vermuthet werden, als sie aus der Natur des dem andern Theilnehmer beiwohnenden Rechts von selbst folgen.“ Daß nun durch die Anlage der Fenster, resp. die Verlegung der Thüre, Rechte des Klägers verletzt worden, welche aus seinem Miteigenthum folgen, ist vom Appellations-Richter nicht festgestellt; überhaupt enthält das vom Appellations-Richter angenommene Sachverhältniß keine Andeutung auf eine solche Klagebegründung, noch eine Veranlassung zu der Annahme, daß durch die Anlagen des Verklagten das Miteigenthum des Klägers und das daraus fließende Mitbenutzungsrecht der Gasse beeinträchtigt werde. Mit Recht hat daher der Appellations-Richter die §§ 138. und 148. nicht zur Anwendung gebracht.

No. 37. — V. Senat. Sitzung v. 25. Sept. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wetzlar.
Gericht II. Instanz: Justiz-Senat in Ehrenbreitstein.

Mahlbann.

Beruht das Zwangsrecht auf einem Vertrage zwischen dem Verpächter und dem Bannberechtigten, so steht dieser Vertrag nach Gemeinem Rechte auch dem Pächter entgegen, wenn er in dem Pachtvertrage verpflichtet worden ist, den Mahlzwang zu respektiren.

Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 § 4. (Gesetz-Sammlung S. 41.); §§ 19. 20. Inst. de inutil. stip. **3.** 19.; Lex 38. § 20. Dig. de verborum obl. **45. 1.**; Lex 3. Cod. de donat. quae sub modo **8.** 55.

Digitized by Google

In dem § 2. des Vertrages vom 25. Oktober 1843, mittelst dessen die Fürstlich B.'sche Rentkammer die s. g. Lahn-Mühle an die Eheleute Müller S. verkaufte, war bestimmt: „daß zu jener Mühle der Mahlbann von Altenberg gehöre.“ Die Eheleute D., Rechtsnachfolger der Eheleute S., behaupteten hiernächst, daß die Pächter der Altenberg'schen Ländereien, G. und B., der in ihrem mit der B.'schen Rentkammer abgeschlossenen Pachtvertrage übernommenen Verpflichtung, auf der Lahn-Mühle ausschließlich mahlen zu lassen, nicht nachgekommen seien und erhoben deshalb gegen dieselben Klage mit dem Antrage: die Verklagten für schuldig zu erachten, ihr Getreide auf der Lahn-Mühle ausschließlich mahlen zu lassen. — Der erste Richter wies die Kläger ab. Der zweite Richter verurtheilte die Verklagten nach dem Klageantrage.

Beide Richter beriefen sich auf den § 4. der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845.

Die Verklagten legten gegen das Erkenntniß die Revision ein und führten aus:

Mit Rücksicht auf das Edikt vom 28. Oktober 1810, die Stellung der anderen Provinzen und das Präjudiz No. 1903. sei nicht bedenklich, daß der § 4. der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 auf das Engste auszulegen sei. Ein direkter Vertrag zwischen den Klägern und den Verklagten liege nicht vor. Der Fall des § 4. No. 3a. sei daher nicht gegeben. Glaubten die Kläger, daß die ihnen im Vertrage mit der Rentkammer zugestandenen Rechte von den Verklagten verletzt wären, so müßten sie sich an ihre Kontrahentin, die Rentkammer, halten. Diese werde dann vielleicht aus dem mit den Verklagten geschlossenen Pachtvertrage klagen können; allein die Verklagten würden ihr entgegensetzen, daß sie die Bannpflicht nie verletzt, daß sie ihre Früchte nie auf einer andern Mühle hätten mahlen lassen, sondern dieselben stets verkauft und sich, was gesetzlich zulässig sei, aus dem Erlöse ihren Mehlbedarf angeschafft hätten. Von einer direkten Klage könne dagegen die

Digitized by Google

Rede nicht sein — nach dem Grundsatze: Obligatio tertio non contrahitur.

Das Ober-Tribunal hat jedoch das zweite Urtheil bestätigt —

in Erwägung:

daß in dem Vertrage vom 25. Oktober 1843, durch welchen der Fürst von B. die Lahn-Mühle zu O. an die Eheleute S., Rechtsvorfahren der Revisen, verkauft, im § 2. festgesetzt ist: „zu der verkauften Mühle gehören a) an Gerechtsame der Mahlbann von Altenberg“; daß der Fürst als Eigenthümer des Hofgutes Altenberg nach der damaligen Gesetzgebung befugt war, dasselbe dem Mahlbanne zu unterwerfen;

daß, wenn nun ferner, wie feststeht, die Revidenten in den über die Pachtung der Altenberger Güter abgeschlossenen Verträgen die Verpflichtung des Mahlzwangs übernommen haben, die Fürstliche Rentkammer aber mit Rücksicht auf die in dem Verkaufsakt vom 25. Oktober 1843 enthaltene Stipulation ein eigenes Interesse hatte, ihre Pächter in dieser Weise zum Vortheil der Revisen zu verpflichten, dadurch diese Verpflichtung nach den §§ 19. und 20. Inst. de inutilib. stip., Lex 38. § 20. Dig. de verb. obl., Lex 3. Cod. de donat. quae sub modo., auch den Revisen gegenüber entstand, daher letzteren auch das Klagerecht wegen Mahlzwangs gegen die Revidenten zusteht, indem nach diesen Thatumständen der am Schluß des § 4. der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 vorgesehene Fall vorliegt, daß das Bannrecht auf einem Vertrage zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten beruht, mithin nicht aufgehoben ist.

Digitized by Google

No. 38. — III. Senat. Sitzung v. 28. Sept. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Falkenberg.

Besitzstörung des Wegeberechtigten durch Unterlassung seitens des Besitzers des belasteten Grundstücks.

a. Die nach Wiederaufhebung der polizeilichen Verfügung auf Untersagung der Benutzung eines Weges von dem Grundbesitzer unterlassene Beseitigung der von ihm vorher geschehenen Sperrung dieses Weges enthält eine Störung des Besitzes des Wegeberechtigten.

A. L. R. I. 7. § 154.; A. G. O. I. 31. § 1.

b. Im Possessorien-Urtheil sind dem verurtheilten Verklagten auch ohne Antrag des Klägers Strafen anzudrohen.

A. L. R. I. 7. § 151.

Die landräthliche Behörde hatte die Benutzung eines über die Grundstücke des Gutsbesitzers v. R. führenden Weges behufs zu bewirkender Reparaturen untersagt, und hatte dieserhalb v. R. am 9. Oktober 1854 das Schloß zu dem Schlagbaum von der einen der auf diesem Wege befindlichen beiden Brücken abändern und die andere Brücke abreißen lassen. Der Freistellenbesitzer S., welcher bis dahin diesen Weg benutzt und sich in dem Besitze eines von dem v. R. ihm eingehändigten Schlüssels zu dem unveränderten Schlosse an jenem Schlagbaume befunden hatte, sah in der Handlung des v. R. eine Besitzstörung, wurde jedoch mit seiner desfalls gegen denselben im Vorprozesse angestellten Possessorien-Klage durch das Urtheil vom 16. Dezember 1854 abgewiesen, weil der Rechtsweg bei dem polizeilichen Verbot unzulässig sei, Kläger vielmehr zunächst die Wiederaufhebung des polizeilichen Verbots zu erwirken habe. Nachdem diese Wiederaufhebung durch die Regie-

Digitized by Google

rungs=Verfügung vom 8. März 1855 erfolgt war, stellte S. gegen den v. R. abermals die Besitzstörungsklage an. Nunmehr wurde Verklagter durch das Urtheil erster Instanz nach dem Klageantrage verurtheilt. — Verklagter erhob die Nichtigkeitsbeschwerde und führte in derselben Folgendes aus:

„Die Besitzstörungsklage sei durch den jüngsten ruhigen Besitz bedingt. Dieser Besitz fehle dem Kläger. Auf die Besitzhandlungen, welche dem früheren, den Kläger mit seiner Besitzstörungsklage wegen der Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückweisenden, Erkenntnisse vom 16. Dezember 1854 vorangegangen sein sollten, komme es in dem jetzigen Prozesse wegen dieses Judikats nicht an; daß aber seit dieser Zeit Kläger den Besitz ausgeübt habe, sei von ihm ebensowenig behauptet als vom Richter festgestellt. Der erste Richter verletze deshalb den § 1. I. 31. der Allg. Gerichts=Ordnung sowie den § 154. I. 7. des Allg. Landrechts und verstoße gegen die Rechtsgrundsätze von der rechtskräftigen Entscheidung, — § 1. I. 16. der Allg. Gerichts=Ordnung. — Es fehle aber auch an der anderweitigen Bedingung der Besitzstörungsklage: der Störung. Die dem Vorerkenntnisse vorhergegangenen Handlungen des Verklagten, in denen der Kläger eine Besitzstörung finde, könnten als solche nicht angesehen werden, weil, wie bereits rechtskräftig feststehe, und auch der Richter in den Gründen seines Urtheils erwähne, sie nicht in der Absicht, den Besitz zu stören, sondern in der Absicht vorgenommen wären, die Befolgung der polizeilichen Anordnungen, vermöge deren dem Kläger das Befahren untersagt worden sei, zu sichern. Ob, nachdem das polizeiliche Verbot durch eine Verfügung der Königlichen Regierung zu Oppeln aufgehoben worden, der Verklagte die Vorkehrungen, welche dem Kläger das Befahren des Weges unmöglich gemacht hätten, fortbestehen lasse, sei gleichgültig, indem in einer bloßen Unterlassung, sie möge befugter oder unbefugter Weise geschehen, nicht eine zur Anstellung der Possessorienklage nöthige Störung des Besitzes eines negativen Rechts, und am allerwenigsten eine gewaltsame

Digitized by Google

Störung gefunden werden könne. Daher habe der Richter den § 1. I. 16., § 1. I. 31. der Allgem. Gerichts=Ordnung und die §§ 146. 147. 150–154. I. 7. des Allg. Landrechts verletzt. Jedenfalls erscheine die Verurtheilung des Beklagten, die Brücke wiederherzustellen und fahrbar zu machen und für jeden Tag der Zögerung eine Geldbuße dem Kläger zu erlegen, unstatthaft. Der Richter habe sogar über den Klageantrag hinaus erkannt, indem Kläger gar nicht die Verurtheilung des Beklagten zur Erlegung einer Geldstrafe von 10 Sgr. für jeden Tag der Zögerung verlangt habe."

Das Ober=Tribunal hat jedoch die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Die Wiederaufhebung des polizeilichen Verbots der Benutzung des fraglichen Weges ist nach der nicht angegriffenen Feststellung des Vorderrichters laut Verfügung der Königlichen Regierung zu Oppeln vom 8. März 1855 erfolgt. Dadurch ist das Hinderniß beseitigt, welches früher der richterlichen Entscheidung in der Sache selbst entgegen stand, und kann jetzt in der Sache selbst völlig unabhängig von der früheren Entscheidung in dem Vorprozesse die Entscheidung gefällt werden. Mit Unrecht wirft daher Implorant dem Vorderrichter vor, derselbe habe die Grundsätze über die res judicata, — § 16. I. 16., § 1. I. 31. der Allgemeinen Gerichts=Ordnung und § 154. I. 7. des Allgem. Landrechts, verletzt. Die trotz der Wiederaufhebung der polizeilichen Verfügung nicht beseitigte Sperrung des fraglichen Weges seitens des Verklagten erscheint als Turbation des feststehenden Besitzes des Klägers bezüglich der fraglichen Wegegerechtigkeit.* In diesem mußte Kläger geschützt, und der Verklagte angehalten werden, die aufgestellten Hindernisse zu

* Dürfte mit den §§ 146-150. I. 7. des Allg. Landrechts, welche einen Akt der Gewalt, der List oder Heimlichkeit verlangen, nicht in Einklang zu bringen sein.

Digitized by Google

beseitigen. Daß Strafen anzudrohen sind für den Fall, daß der Verklagte die gedachten Hindernisse nicht beseitigt, oder sich fernere Beeinträchtigungen des Klägers zu Schulden kommen läßt, ordnet der § 151. I. 7. des Allgem. Landrechts an; die Androhung der Strafen, sobald possessorischer Schutz nachgesucht ist, liegt auch ohne ausdrücklichen Antrag des Klägers bezüglich der Strafe und der Art des Schutzes in den Obliegenheiten des Richters.

No. 39. — III. Senat. Sitzung v. 28. Septbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Tilsit.

Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung von Rechtsgrundsätzen.

Die auf Verletzung des Rechtsgrundsatzes: daß über die Benutzung des Bürgersteiges lediglich die Polizeibehörde mit Ausschluß des Rechtsweges zu verfügen habe,* gestützte Nichtigkeitsbeschwerde entbehrt der thatsächlichen Voraussetzung, wenn der Richter, ungeachtet der hieraus entnommenen, der Klage wegen Störung des Besitzes eines zum Bürgersteige gehörenden Platzes von dem Verklagten entgegengesetzten Einrede, den Verklagten verurtheilt, dabei aber die Frage: ob der Platz zum Bürgersteige gehöre, unentschieden gelassen hat.

Verordnung vom 14. Dezember 1833 Art. 4. No. 1. (Gesetz-Sammlung S. 302.)

Die Geschwister S., vertreten durch ihren Vormund, behaupteten, daß sie in dem Besitze des vor ihrem Grundstücke

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 9. S. 3. ff.

Digitized by Google

zu Tilsit gelegenen, einen Theil des Bürgersteiges bildenden Platzes von den Thierarzt L.'schen Eheleuten durch Errichtung von baulichen Anlagen daselbst gestört worden seien. Sie stellten deshalb gegen letztere die Besitzstörungsklage an. — Der Richter erster Instanz verurtheilte die Verklagten nach dem Klageantrage.

Dies Urtheil griffen die Verklagten mit der Nichtigkeitsbeschwerde an, welche sie unter Anderm in nachstehender Art rechtfertigten:

Wenn der streitige Platz einen Theil des Bürgersteiges bilde, — und dies müsse für die gegenwärtige Nichtigkeits-Instanz als wirklich angenommen werden, weil dies der vorige Richter dahin gestellt sein lasse, — so sei er ein Theil der öffentlichen Straße, in Betreff deren von einem Besitz auf Seiten der Kläger nicht die Rede sein könne, weil ihnen der zur Besitzergreifung nothwendige animus sibi habendi gefehlt habe. Die Kläger könnten deshalb auch wegen Besitzstörung keine Klage erheben, vielmehr habe mit Ausschluß des Rechtsweges lediglich die Polizeibehörde darüber zu entscheiden, ob die Beklagten verpflichtet seien, die von ihnen vorgenommenen baulichen Anlagen wieder wegzunehmen. Der Richter habe daher die §§ 1–6. 9. und 154. I. 7., die §§ 78. 81. 82. I. 8. des Allg. Landrechts, sowie den § 14. I. 31. der Allg. Gerichts-Ordnung und die aus ihnen sich ergebenden Rechtsgrundsätze verletzt: daß der Hauseigenthümer nicht befugt sei, wegen Störung im Besitze des vor seinem Hause befindlichen Bürgersteiges Klage zu erheben, daß vielmehr mit Ausschluß des Rechtsweges nur die Polizeibehörde über die Benutzung des Bürgersteiges Verfügung zu treffen habe. (Vergl. Archiv für Rechtsfälle Band 9. Seite 3. ff.)

Das Ober-Tribunal hat indeß die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Die

Gründe

dieses Urtheils, insoweit sie hier interessiren, lauten:

Die von dem Imploranten behauptete Nichtigkeit wird dar-

Digitized by Google

aus hergeleitet, daß der Richter im Widerspruch mit der Natur des Bürgersteiges einen Besitz an dem streitigen Platze und eine Klage wegen Störung in diesem Besitze für zulässig erachtet habe; der Angriff setzt mithin voraus, daß der fragliche Platz zum Bürgersteige gehöre. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu. Denn der erste Richter hat die hierauf bezügliche, zwischen den Parteien bestrittene Frage ausdrücklich, als für den gegenwärtigen Prozeß ohne Einfluß, auf sich beruhen lassen und demgemäß auch im Urtheilstenor die im Klageantrage gewählte Bezeichnung des Platzes als Bürgersteiges vermieden. Somit fehlt es dem Angriffe an der erforderlichen faktischen Voraussetzung.*

No. 40. – I. Senat. Sitzung v. 1. Oktober 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Bromberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Anbringung neuer Thatsachen in der Revisions-Instanz des Ehescheidungsprozesses behufs Beurtheilung der Schuldfrage.

Im Ehescheidungsprozesse müssen Thatsachen, welche auf die Beurtheilung der Verschuldung der Parteien an sich von Einfluß sind, berücksichtigt werden, selbst wenn sie erst in der Revisionsinstanz vorgebracht worden sind.**

A. G. O. I. 15. §§ 10. 11.

---

* Diese Ausführung können wir nur für unrichtig erklären. Wenn der Richter die Richtigkeit einer streitigen Behauptung als ohne Einfluß auf den Prozeß auf sich beruhen läßt, so erklärt er dieselbe für unerheblich, und es fehlt deshalb, wenn diese angebliche Unerheblichkeit als einem Rechtsgrundsatze widerstreitend angefochten wird, dem Angriffe keinesweges an der erforderlichen faktischen Voraussetzung.

** Vergl. Präjudiz No. 431. vom 26. Februar 1838, Präjudizien-Sammlung S. 244., dessen Gründe nicht veröffentlicht sind.

Digitized by Google

Die minderjährige Ehefrau G. klagte im Beistande ihres Vaters gegen ihren Ehemann wegen Ehebruchs und lebensgefährlicher Körperverletzung auf Scheidung der Ehe. — Der erste Richter erkannte diesem Antrage gemäß. Der zweite Richter wies die Klägerin ab.

Das Ober-Tribunal hat auf die von der Klägerin eingelegte Revision das zweite Urtheil aufgehoben und, — außer der weiteren Beweisaufnahme hinsichtlich des Ehebruchs des Verklagten und der von demselben gegen die Klägerin verübten Mißhandlungen, — auch behufs Beurtheilung der Schuldfrage die Beweisaufnahme über den von dem Verklagten in zweiter Instanz behaupteten Ehebruch der Klägerin, sowie anderweitige Entscheidung in zweiter Instanz angeordnet. Die zur Motivirung des in der Ueberschrift angegebenen Grundsatzes angeführten

Gründe

lauten, wie folgt:

Sollte von Seiten der Klägerin wirklich ein gesetzlicher Ehescheidungsgrund nach den §§ 670. oder 673. II. 1. des Allgem. Landrechts entweder vollständig erwiesen oder mindestens doch bis zu einem dem Verklagten noch erst aufzuerlegenden Reinigungseide (§ 41. der Verordnung vom 28. Juni 1844, Gesetz-Samml. S. 189.) wahrscheinlich gemacht werden, so hat der Verklagte in der Appellations-Rechtfertigung den eventuellen Antrag gestellt, die Klägerin mindestens für gleich schuldig zu erachten, weil auch sie sich des Ehebruches mit einem bei ihm im Quartier gelegenen Soldaten schuldig gemacht habe. Diese Behauptung ist nach §§ 745–750. II. 1. des Allgem. Landrechts unzweifelhaft eine sehr erhebliche, sie ist aber auch prozessualisch nicht verspätet, weil der Verklagte darauf keine besondere Rekonvention auf Trennung der Ehe gründet, sondern nur die alleinige Schuld bei der Scheidung von sich abwenden will. In Ehescheidungsprozessen müssen aber Thatsachen, welche auf die Beurtheilung der Verschuldung der

Digitized by Google

Parteien an sich von Einfluß sind, berücksichtigt werden, selbst wenn sie erst in der Revisions-Instanz vorgebracht worden sind. Dieser in dem Präjudiz vom 26. Februar 1838 No. 431., Samml. S. 244., aufgestellte Grundsatz muß hier aber um so mehr maaßgebend sein, als Verklagter den gedachten Einwand, die Klägerin habe sich eines gleichen Vergehens schuldig gemacht, bereits in der Appellations-Instanz erhoben hat.

Hiernach ist zunächst der Beweis über den ehebrecherischen Umgang des Verklagten mit der Wilhelmine K. und mit der separirten L., sowie über den der Klägerin gemachten gleichartigen Vorwurf des Appellanten in dem ganzen im Urtheilstenor näher angegebenen Umfange nach Maaßgabe der desfallsigen Partei-Erklärungen aufzunehmen, und alsdann in der Hauptsache anderweitig in zweiter Instanz zu erkennen.

No. 41. – IV. Senat. Sitzung v. 2. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Paderborn.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Absicht des Gebers, zu schenken.

Der Rechtsgrundsatz, daß für das in der Absicht, zu schenken, Gegebene keine Vergütung gefordert werden könne, findet auch in dem Falle einer zwar nicht erklärten, jedoch — z. B. durch Eidesdelation — zu erweisenden Absicht Anwendung.

A. L. R. I. 11. §§ 874. 1037. 1040-1045.

Die Margarethe G. forderte von der Wittwe und Erbin des verstorbenen Stadtsekretärs T. für die dem letzteren gewährte

Beköstigung die Summe von 605 Rthlrn. 10 Sgr. — Verklagte machte den Einwand der Schenkung und deferirte in dieser Hinsicht der Klägerin darüber einen Eid: „daß dieselbe das ihrem Ehemanne Geleistete nicht in der Absicht zu schenken gegeben habe." — Der Appellations-Richter erachtete diesen Eid für unerheblich, weil er sich nur über eine Absicht, nicht aber über eine erklärte Absicht verhalte, und bestätigte daher das die Verklagte für den Fall der Ableistung eines der Klägerin in Beziehung auf die Art der Beköstigung auferlegten Eides zur Zahlung verurtheilende erste Urtheil.

Die Verklagte beschuldigte in ihrer Richtigkeitsbeschwerde den Appellations-Richter, die §§ 874. 1037. 1040–1045. I. 11. des Allgem. Landrechts, sowie den Rechtsgrundsatz verletzt zu haben: daß für das, was in der Absicht zu schenken gegeben worden, keine Vergütung gefordert werden könne.

Das Ober-Tribunal hat das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Urtheil insoweit abgeändert, daß dem von der Klägerin zu leistenden Eide der Zusatz: „daß sie die fragliche Bewirthung dem verstorbenen Ehemanne der Verklagten nicht in der Absicht zu schenken gewährt habe", gegeben ist.

Gründe:

Die §§ 874. 1037. 1040–1045. I. 11. des Allgem. Landrechts sprechen auch einer nur vermutheten, also nicht ausdrücklich erklärten, Absicht, zu schenken, einen Einfluß auf die rechtliche Beurtheilung des unter solcher Absicht Gegebenen zu, und es entscheidet auch sonst die Absicht des Handelnden über die rechtliche Bedeutung seiner Handlung, wenn nur, wie sich von selbst versteht, diese Absicht dargethan werden kann, wie dies im vorliegenden Falle durch den zugeschobenen und angenommenen Eid geschehen soll und geschehen kann. — In den §§ 1041. und 1042. a. a. O. wird aus den Verhältnissen der handelnden Personen und aus der Art des Gegebenen die Absicht der Freigebigkeit gefolgert, ohne daß es darüber einer besonderen Er-

Digitized by Google

klärung des Gebenden bedarf; denn gerade jene Verhältnisse und Umstände drücken die gehegte Absicht aus, und noch bestimmter stellt der § 1045. den allgemeinen Satz auf: „was unter Umständen gegeben worden, wo sich gar keine andere Absicht des Gebenden denken läßt, ist gleichfalls für geschenkt anzusehen", und kann also auch die direkte Behauptung der Verklagten, daß Klägerin bei der, ihrem Erblasser gewährten Beköstigung die Absicht, zu schenken, gehabt habe, nicht für unerheblich erachtet werden, da, wenn sie in dieser Absicht die Verpflegung gewährt hat, sie nachträglich nicht die rechtliche Wirkung ihrer Handlungen einseitig ändern kann.

Es war also das Appellations-Erkenntniß zu vernichten, und in der Hauptsache auf den deferirten Eid, in Verbindung mit dem über die Art der Bewirthung, zu erkennen, da die Klägerin nur, wenn sie nicht hat freigebig sein wollen, eine billige Vergütung, wofür die Verklagte die geforderte in erster Instanz selbst erachtet hat, zu fordern berechtigt sein kann.

No. 42. – IV. Senat. Sitzung v. 4. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Gnesen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Bromberg.

Regulirung der Priorität im Konkurse von Amtswegen.

a. In dem Konkursverfahren nach der Allgem. Gerichts-Ordnung gilt, im Gegensatze zu der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855, das gemeinrechtliche Prinzip, daß der Richter von Amtswegen die Priorität zu reguliren hat. Derselbe kann daher — ungeachtet der von dem Liquidanten gestellten Forderung einer niedrigeren Klasse —

Digitized by Google

das Liquidat in die ihm gebührende höhere Klasse zum Ansatz bringen.

b. Dem Liquidanten ist noch in zweiter Instanz ein anderweitiges Vorzugsrecht für seine Forderung zu beanspruchen gestattet.

A. G. O. I. **50.** §§ 121. 135. 148. 149.; Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 § 174.

Bei dem über den Nachlaß des am 20. Mai 1847 verstorbenen Probstes B. zu K. eröffneten erbschaftlichen Liquidationsprozeß liquidirte der Probst v. D., als Vertreter der Katholischen Pfarre zu K., ein defektirtes Kirchen-Kapital von 66 Rthlrn. 20 Sgr. und einen Defekt im baaren Bestande der Kirchenkasse von 24 Rthlrn. 2 Sgr. 8 Pf. Er beanspruchte für beide Forderungen ausdrücklich die siebente Klasse, indem er ausführte, daß der Probst B. das auf den Gütern O. und S. eingetragen gewesene Kapital von 66 Rthlrn. 20 Sgr. am 6. Juni 1837 aus dem Depositorium des vormaligen Landgerichts zu Gnesen ausgezahlt erhalten habe, ferner daß 24 Rthlr. 2 Sgr. 8 Pf. nach dem Etat der Katholischen Kirche aus den Jahren 1833 bis 1838 außer 700 Rthlrn. Pfandbriefen vorhanden gewesen, indeß nach dem Tode des B. nur die 700 Rthlr. Pfandbriefe vorgefunden seien, und daß endlich der Verbleib jener 66 Rthlr. 20 Sgr. und 24 Rthlr. 2 Sgr. 8 Pf. nicht ermittelt sei. — Beide Ansprüche wurden von den Erben des B. anerkannt und in dem Klassifikations-Urtheil nach dem Antrage der Liquidantin angesetzt. Die Liquidantin appellirte, weil beide Forderungen statt in die vierte in die siebente Klasse angesetzt worden, und behauptete, daß nur aus Versehen bei der Liquidation die siebente Klasse beansprucht worden sei. Der Appellationsrichter bestätigte das erste Urtheil, weil Liquidantin selbst in erster Instanz die siebente Klasse liquidirt habe.

Das Ober-Tribunal hat auf die Richtigkeitsbeschwerde der

Digitized by Google

Liquidantin das zweite Urtheil vernichtet und die Sache zur Beweisaufnahme und anderweitigen Entscheidung über die Priorität in die zweite Instanz zurückgewiesen.

Gründe:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob nicht der erste Richter von Amtswegen auf ein etwaiges besseres gesetzliches Vorrecht des Liquidats hätte Rücksicht nehmen sollen, und einen Vorwurf verdient, weil er es nicht gethan. Denn damit ist die Frage: ob nun nicht in zweiter Instanz, in welcher Nova überhaupt zulässig sind, die Liquidantin ihre Bemerkung in erster Instanz über den locus berichtigen und den rechten locus in Anspruch nehmen dürfe, keineswegs entschieden. Der Richter gelangt zu einem solchen Resultate blos dadurch, daß er die von der Liquidantin gestellte Forderung einer Klasse mit dem Klagepetitum im gewöhnlichen Prozesse identifizirt und den Grundsatz anwendet, daß über dies hinaus nicht erkannt werden könne, wobei ein Liquidant sich es selbst zuzuschreiben habe, wenn er eine zu niedrige Klasse liquidirt habe. — Diese Ansicht ist aber von vornherein unrichtig.

Die Präklusoria beschränkt die Zulassung der Liquidate, doch mit der Modifikation, daß bis zum Inrotulations-Termine nach § 142. I. 50. der Allgem. Gerichtsordnung, welcher in Kraft geblieben ist, noch neue Forderungen angebracht werden können, was also in zweiter Instanz allerdings nicht geschehen darf. Die Präklusion bezieht sich aber lediglich auf die Forderungen selbst, nicht auf die Rangordnung der liquidirten Forderungen. Die Präklusoria hat den Liquidations-Termin, nicht den Verifikations-Termin, zur Basis, und in jenem kommt es nur auf die Angabe der Forderungen an, — §§ 117. 118. a. a. O., nicht auf die Begründung, noch weniger auf die Angabe eines Vorrechts. Im Verifikations-Termin soll nach § 121. der Gläubiger die Thatsachen, auf welchen die Forderung beruht, vortragen; er soll auch die Qualität der Forderung und die Stelle

Digitized by Google

im Prioritäts-Urtheil, auf welche er Anspruch zu machen gedenkt, deutlich ausdrücken. Unterläßt aber der Gläubiger die Forderung eines Vorrechts, so ist darauf keineswegs das Präjudiz gesetzt, daß ihm nun auch keines zuzuerkennen sei, sondern das gemeinrechtliche Prinzip, daß der Richter von Amtswegen die Priorität zu reguliren habe, ist im § 148. a. a. O. ausdrücklich beibehalten.

Der Richter soll nach dieser Vorschrift die Ordnung nach den Vorschriften des vierten Abschnitts feststellen, und recht zum Gegensatze wird in § 149. nur in Betreff der Wahrheit und Richtigkeit der Forderung auf die allgemeinen Vorschriften der Gerichtsordnung verwiesen. Es folgt hieraus, daß die Erklärung: kein Vorrecht zu beanspruchen, oder, was dem gleichsteht, die Forderung der siebenten Klasse in dem Verifikationslibell durchaus nicht mit einem Klageantrage zu identifiziren ist, daß dem Liquidanten daraus kein Präjudiz erwachsen, daß er dadurch nicht schlechter gestellt werden kann als derjenige, der gar keine Erklärung über die Klasse angegeben hat und doch nach dem Gesetze zu loziren ist, daß er also jederzeit seine frühere Angabe zu rektifiziren berechtigt ist.

Es lassen sich in der That auch Fälle denken, in welchen erst die Erörterung der Sache das richtige Vorrecht ergiebt, und andrerseits kann der Gläubiger zur Zeit des Verifikations-Termins nach Lage der Aktiv- und Passiv-Masse ein geringeres liquidirtes Vorrecht ausreichend finden, und den Streit über das bessere Vorrecht zur Zeit vermeiden wollen, dessen Nothwendigkeit sich dann aber im Laufe des Verfahrens leicht ergeben kann. Die Priorität ist eine rechtliche Konsequenz aus den in der Verhandlung festgestellten Thatsachen, welche die ganze Qualifikation des Liquidats begründen, die das Vorrecht gesetzlich bedingt.

Ist hiernach die Rektifikation einer unrichtigen Erklärung, im vorliegenden Falle eigentlich nur die Nachholung der For-

Digitized by Google

derung irgend eines Vorrechts, durch keine Präklusion und keine gesetzliche Vorschrift den Liquidanten untersagt, so muß sie auch in zweiter Instanz stattfinden können. In der That kann, wenn z. B. bei den vorlozirten Liquidaten auch die Verität streitig war, erst eben die Festsetzung des Klassifikations-Erkenntnisses der Appellations-Beschwerde einen materiellen Grund geben, da, falls jene vorlozirten Gläubiger wegen mangelnder Richtigkeit der Liquidate gar nicht lozirt wären, der Prätendent ohne das Vorrecht vielleicht zur Perzeption kommen, also zur Geltendmachung desselben kein Motiv haben konnte. Da nach § 135. a. a. O. in einem Konkurse sämmtliche Ansprüche vollständig ausgemittelt werden müssen, und eine Verweisung zum besonderen Verfahren nicht statt hat, da im Gefolge dessen vom Ober-Tribunale mehrfach ausgesprochen ist, daß eine neue Begründung des Liquidats in der Appellations-Instanz völlig statthaft ist; so muß um so mehr das neue Petitum der Klasse zugelassen werden, die nur ein von Amtswegen zu berücksichtigendes Korrelat der Begründung des Liquidats ist.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht nach dem älteren Verfahren gewährt die neue Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 ein erhebliches argumentum a contrario. Dieses Gesetz, das die materielle Theorie der Vorrechte bedeutend ändert, hat im § 164. (welche Vorschriften nach § 333. auch beim gemeinen Konkurse gelten) angeordnet, daß mit dem ersten Anmeldungs-Termin gleichzeitig der Prüfungs-Termin (Verifikations-Termin) angesetzt wird, und daß schon die Anmeldung (Liquidation) den Betrag und den Rechtsgrund der Forderung und die Beweismittel für die Richtigkeit und das Vorrecht enthalten muß (§ 169.), und sodann im § 174.:

> Wenn für die Forderung ein Vorrecht nicht spätestens im Termin, in welchem die Prüfung der Forderung stattfindet, in Anspruch genommen wird, so gehört dieselbe in die Ordnung der nicht bevorzugten Ansprüche.

Damit ist das seitherige Prinzip der Klassifikation von Amts-

Digitized by Google

wegen von selbst aufgegeben. Die Abwesenheit einer solchen Präklusions-Vorschrift, die mit diesem Prinzipe auch nicht bestehen kann, in der zeitherigen Konkurs-Ordnung zeigt eben, daß sie nicht als in derselben Platz greifend erachtet werden kann.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist also begründet.

In der Sache selbst hängt die Priorität ab von der Richtigkeit der Behauptungen der Liquidantin über Existenz und Beschaffenheit der Forderungen, und da diese in Gemäßheit der §§ 127. und 178. I. 50. der Allgem. Gerichtsordnung von den interessirten Gläubigern, den Appellanten, jetzt bestritten sind, so mußte die Verhandlung und Beweisaufnahme darüber der Entscheidung über das beanspruchte Vorrecht der vierten Klasse vorangehen.

No. 43. – I. Senat. Sitzung v. 5. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Heydekrug.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Insterburg.

Schenkung von Todeswegen.

a. Das Versprechen, einem Dritten für den Fall, daß er die Pflegetochter des Versprechenden heirathe, die Hälfte des Nachlasses zuzuwenden, stellt nicht eine Schenkung von Todeswegen, sondern einen lästigen Vertrag dar.

A. L. R. I. 11. §§ 1046. 1047. 1048.

b. Dieser Vertrag ist aber unverbindlich.

A. L. R. I. 5. § 71.

Der Förster F. hatte dem Lehrer Z. versprochen, ihm für den Fall, daß er seine Pflegetochter heirathe, die Hälfte seines Nachlasses zuzuwenden. Die Ehe ist geschlossen, das Versprechen

Digitized by Google

jedoch nicht erfüllt worden. Z. verlangte deshalb von der Universalerbin des F. die Abtretung des halben Nachlasses. — Der erste Richter fand in dem Versprechen einen lästigen Vertrag und machte die Entscheidung der Sache von einem dem Kläger auferlegten Erfüllungseide abhängig. Der zweite Richter fand dagegen in jener Stipulation eine Schenkung von Todeswegen und wies den Kläger ab.

Das Ober-Tribunal hat die eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zwar für **begründet** erachtet, in der Sache selbst jedoch das zweite Urtheil aufrecht erhalten.

Gründe:

Der Appellations-Richter nimmt ohne weitere Begründung als unzweifelhaft an, es liege eine Schenkung von Todeswegen vor, und da die zur Rechtsbeständigkeit einer solchen gesetzlich vorgeschriebene Form, die gerichtliche, nicht beobachtet sei, hat er den Anspruch für unbegründet erachtet. Mit Recht wird ihm der Vorwurf der Verletzung des § 7. I. 5., sowie der §§ 1047. 1048. 1063. ff. und des § 1134. I. 11. des Allgem. Landrechts gemacht, und es muß der Fall des § 4. No. 1. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 in Verbindung mit No. 9. der Instruktion vom 7. April 1839 als vorhanden erachtet werden.

Der Kläger behauptet, daß der verstorbene Förster F. ihm für den Fall, daß er dessen Pflegetochter Wilhelmine G. heirathe, ausdrücklich versprochen habe, ihm die Hälfte seines Nachlasses zuzuwenden; er habe die Heirath vollzogen und verlange gegenwärtig, da F. ohne seinem Versprechen nachgekommen zu sein verstorben sei, Erfüllung des Vertrages von dessen Universalerbin.

Es wird also der Anspruch aus einem **Vertragsverhältniß** geltend gemacht, und daß ein Vertrag der vorliegenden Art an und für sich zulässig ist, erkennt das Gesetz selbst an, indem es in den §§ 1046. 1047. und 1048. I. 11. des Allgem.

Digitized by Google

Landrechts eine Verabredung, die zum Zweck hatte, Jemanden unter der Bedingung einer einzugehenden Ehe gewisse Vortheile zu gewähren, als eine gültige, einem lästigen Vertrage gleich zu achtende Stipulation betrachtet. Der Appellations-Richter hat hiernach, indem er das Rechtsverhältniß onter den Begriff einer Schenkung von Todeswegen, welche gar nicht behauptet worden, und die in der That auch gar nicht vorliegt, gebracht, die oben bezeichneten Gesetzesstellen verletzt, er hat das zur Beurtheilung vorliegende Rechtsgeschäft mit einem anderen verwechselt, und seine Entscheidung unterliegt daher der Vernichtung.

In der Sache selbst steht unbestritten fest, daß der Kläger die Pflegetochter des Erblassers der Verklagten geheirathet hat, und durch die Aussagen der Zeugen würde er in Betreff des behaupteten Vertragsabschlusses soviel erwiesen haben, um ihn, wie der erste Richter gethan, zum Erfüllungseide zu verstatten. Allein stände auch ohne diesen Eid der Inhalt des Vertrages, sowie ihn der Implorant behauptet, fest, so würde der Vertrag selbst dennoch unverbindlich sein. Der verstorbene F. soll als Gegenleistung für die einzugehende Heirath versprochen haben, dem Imploranten die Hälfte seines Nachlasses zuzuwenden. Hiernach war ein Hauptgegenstand des Vertrages, die Gegenleistung, nicht allein unbestimmt gelassen, sondern auch die Erfüllung der Willkür des Verpflichteten anheimgestellt. Denn zum Wesen eines jeden Vertrages gehört Bestimmung der Sache, welche Gegenstand des Vertrages sein soll; bei zweiseitigen Verträgen also Leistung und Gegenleistung. Nun ist aber im vorliegenden Fall die versprochene Gegenleistung: die Hälfte des Nachlasses zuzuwenden, eine völlig unbestimmte, ja eine völlig ungewisse, da F. ebenso gut gar Nichts, oder vielleicht im Fall eines späteren Glücksfalls sehr bedeutendes Vermögen hinterlassen konnte, bei dem dann nicht die Absicht anzunehmen, daß die Hälfte davon in Folge des Versprechens dem Imploranten gehören solle. Die behauptete Gegenleistung ist aber auch ganz in der Willkür des F.

Digitized by Google

gestellt gewesen; denn er konnte so bis zu seinem Tode über sein Vermögen disponiren, daß bei seinem Tode gar kein Nachlaß vorhanden war. Nach § 71. I. 5. des Allgem. Landrechts sind aber Verträge, deren Gegenstand sich gar nicht bestimmen läßt, oder deren Bestimmung oder Erfüllung der Willkür des Verpflichteten lediglich überlassen ist, unverbindlich, und schon aus diesem Grunde war der Anspruch des Imploranten als unbegründet zurückzuweisen.*

Soll aber in dem Versprechen des F., wie auch behauptet worden, eine Disposition von Todeswegen liegen, so ist auch hiernach der Anspruch nicht begründet. Zwar kann auch durch Erbverträge ein Kontrahent dem Andern, oder beide einander wechselseitig, Rechte auf ihren künftigen Nachlaß einräumen, — § 617. I. 12. des Allgemeinen Landrechts; das Gesetz schreibt aber im § 621. a. a. O. ausdrücklich vor, daß dergleichen Erbverträge, wie Testamente, gerichtlich abgeschlossen, oder von beiden Theilen persönlich den Gerichten übergeben werden müssen. Daß eine solche Form beobachtet worden, ist nicht behauptet worden, und hat nach Lage der Akten auch gar nicht stattgefunden.

No. 44. — I. Senat. Sitzung v. 5. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Halle.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Nichtanwendbarkeit des Gesetzes vom 24. April 1854 auf bereits rechtshängig gewesene Sachen.

Der § 23. des Gesetzes vom 24. April 1854, — betreffend die Nichtanwendbarkeit dieses Gesetzes auf die bei

* Diese Einrede war von den Verklagten nicht angedeutet, geschweige erhoben; das Ober-Tribunal hat sie von Amtswegen geltend gemacht.

Digitized by Google

Eintritt dessen Gesetzeskraft durch Insinuation der Klage bereits rechtshängig gewordene Sachen, — setzt eine rechtsgültige Insinuation der Klage und der Vorladung des Verklagten voraus. — Daher schließt die vor Eintritt jener Gesetzeskraft blos an den minderjährigen Beklagten erfolgte Insinuation der Klage und der Vorladung die Anwendbarkeit dieses Gesetzes nicht aus, wenngleich hiernächst die Klagebeantwortung des Minderjährigen von seinem Vormunde genehmigt worden ist.

Gesetz vom 24. April 1854 § 23. (Gesetz-Sammlung Seite 195.);
A. G. O. I. 7. § 48.

Die gegen den minderjährigen Kutscher J. zu S. im Regierungsbezirk Merseburg von der unverehelichten Rosine H. im Beistande ihres Vaters eingereichte Schwängerungs-Klage war mit der Vorladung vom 10. April 1854 am 22. desselben Monats dem Verklagten insinuirt worden, welcher in der hiernächst unterm 2. September 1854 von seinem Vormunde genehmigten Klagebeantwortung der Klage den Einwand entgegenstellte, daß die Klägerin während des kritischen Zeitraums mit mehreren Mannspersonen zugehalten habe. — Der Richter erster Instanz erachtete zwar diese Einrede des Verklagten für dargethan, verurtheilte ihn aber dennoch unter Anwendung der betreffenden Vorschriften des Allgem. Landrechts zur Zahlung von Entbindungs-, Tauf- und Wochenkosten an die Klägerin und von jährlichen Alimenten für das Kind. — Der Beklagte appellirte und verlangte die Abweisung der Klage, weil dieselbe zur Zeit des Eintritts der Gesetzeskraft des Gesetzes vom 24. April 1854 seinem Vormunde noch nicht insinuirt, die Sache also noch nicht rechtshängig gewesen sei, und daher seine Verbindlichkeiten nicht nach den Bestimmungen des Allgem. Landrechts, sondern nach den, der Klage entgegenstehenden Bestimmungen der §§ 9. und

Digitized by Google

13. des gedachten Gesetzes beurtheilt werden müßten. — Der Appellations-Richter bestätigte indeß das erste Urtheil.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Beklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil **vernichtet** und unter Abänderung des ersten Urtheils die Kläger abgewiesen.

Gründe:

Das Gesetz vom 24. April 1854 ist am 8. Mai desselben Jahres in Berlin ausgegeben. Es ist also nach § 2. des Gesetzes vom 3. April 1846 (Gesetz-Sammlung Seite 151.) im Regierungsbezirke Merseburg, in welchem die Parteien wohnen, mit dem 17. Mai 1854, als dem neunten Tage nach der Ausgabe, in Kraft getreten. Dasselbe verordnet im § 23.:

> Das gegenwärtige Gesetz findet auf diejenigen Fälle Anwendung, die zu der Zeit, wo dasselbe in Kraft tritt, nicht durch Insinuation der Klage rechtshängig waren.

Das Gesetz soll also auf alle beim Eintritt seiner Wirksamkeit noch nicht rechtshängigen Sachen, mit Ausschluß der landrechtlichen Bestimmungen, Anwendung finden, und bezeichnet als das entscheidende Merkmal der Rechtshängigkeit, in Uebereinstimmung mit den allgemeinen prozessualischen Regeln von der Litispendenz (vergl. **Martins**, Bürgerlicher Prozeß 12. Ausgabe § 152. Seite 278.; Allg. Gerichts-Ordnung I. 7. § 48.), die erfolgte Insinuation der Klage. Könnte es überhaupt zweifelhaft sein, ob hierunter ausschließlich eine legale Insinuation verstanden werden müsse, so würde sich jedes Bedenken aus dem § 48. a. a. O. erledigen, wo die Litispendenz ausdrücklich als Folge „einer gehörig erlassenen und richtig insinuirten Vorladung" bezeichnet wird.

Nun ist aber vor der Gesetzeskraft der neueren Vorschrift keine gehörige Vorladung erlassen. Die Vorladung vom 10. April 1854, insinuirt am 22. desselben Monats, ist an den verklagten Kutscher J. (geboren den 23. Mai 1832) selbst gegangen, welcher damals noch minorenn war, wie er es noch

Digitized by Google

jetzt ist, und statt dessen der ihn vertretende Vormund vorzuladen gewesen wäre, § 3. a. a. O., — vergl. §§ 3. 4. 9. 12. I. 1. der Allg. Gerichts-Ordnung. Die Sache war also beim Eintritt des neuen Gesetzes aktenmäßig nicht rechtshängig.

Den Gründen, weshalb der Appellations-Richter den vorgefallenen Fehler für einflußlos erachtet, kann nicht beigetreten werden.

Wenn derselbe sich auch darauf beruft, daß der prozeßleitende Richter ohne Kenntniß der Minderjährigkeit des Verklagten nicht anders, als geschehen, habe verfahren können, so ist dies Argument rechtlich unzutreffend, weil die Fehlerhaftigkeit einer Citation nicht durch ein Versehen des Richters bedingt wird, und eine mangelhafte, dem zufolge wirkungslose Vorladung füglich auch ohne Versehen des Gerichts sich zutragen kann. Faktisch ist es aber auch nicht richtig, daß aus der Klage die Minorennität des Verklagten nicht hervorging, vielmehr ist darin ausdrücklich angegeben, daß der Verklagte 22 Jahre alt und bevormundet sei. Wenn nun auch die Registratur damals angezeigt hat, daß sich Vormundschaftsakten nicht vorfänden — nach der Klagebeantwortung sind dieselben ermittelt — so hätte immer nicht der Verklagte selbst, dessen Volljährigkeit im Widerspruche mit der Klage vorauszusetzen keine Veranlassung war, vorgeladen, sondern nach den §§ 9. und 12. a. a. O. verfahren, d. h. wegen Einleitung der Vormundschaft das Erforderliche vorgekehrt werden sollen.

Es ist auf die Rechtsgültigkeit der Citation ohne Einfluß, daß der Vormund im Termine am 2. September 1854 nach längst eingetretener Gesetzkraft der neuen Vorschrift die Klagebeantwortung des Kuranden genehmigt hat. Abgesehen davon, daß dieser Beitritt in sich um so gerechtfertigter erscheint, als die erhobene exceptio plurium constupratorum nach dem neuen Gesetze von viel weitgreifenderer Wirkung ist, als nach dem älteren, und der Beitritt denkbarer Weise gerade unter Voraussetzung der Anwendbarkeit des neuen Gesetzes geschehener-

maaßen erfolgt sein kann, läßt sich die abgegebene Genehmigung auf einen ihrem Inhalte ganz fremden Gegenstand, wie die Insinuation der Klage, nicht beziehen. Der Appellations-Richter stellt auch keineswegs thatsächlich fest, daß der Vormund die Insinuation an den Kuranden genehmigt habe; er sagt: „weil der Vormund die Klagebeantwortung genehmigt habe, sei die Insinuation an den Minderjährigen als gehörig erfolgt anzusehen.“ Wie dies rechtlich folgen soll, ist nicht zu ersehen und unmotivirt geblieben. Nicht einmal so viel durfte thatsächlich angenommen werden, daß der Vormund vor Eintritt der Gesetzeskraft des neuen Gesetzes von der Klage überhaupt Etwas erfahren habe. Die Bemerkung des Appellations-Richters, daß dem Vormunde auch jetzt noch die Klage nicht insinuirt sei, und deshalb eventuell der ganze Prozeß als noch nicht anhängig angesehen werden müsse, ist juristisch unrichtig, weil die in dem Beitritte enthaltene Litiskontestation die Litispendenz jedenfalls hergestellt hat, und es kann dahingestellt bleiben, wie der Vormund Kenntniß von der beantworteten Klage erhalten, ob er sie aus den Gerichtsakten im Termine ersehen, oder von dem Kuranden mitgetheilt erhalten. Daß seitens des Verklagten die fehlerhafte Citation in erster Instanz ausdrücklich hätte gerügt werden müssen, wie Kläger behaupten, erfordert das Gesetz nicht. Für den Vormund, also die eigentliche Partei, war das ohne Bedeutung, was vor seinem Eintritt in den Prozeß geschehen war. Es bedurfte in dieser Beziehung keiner Einwendungen seinerseits. Der Richter hatte beim Erkenntniß zu prüfen, welches Gesetz bei dem eingetretenen Wechsel der Legislation eintrete, und daß dies unterlassen und ohne Weiteres das alte Recht angewendet worden, darin geht die Appellationsbeschwerde von ganz richtigem Standpunkte aus.

Die vorstehende Ausführung ergiebt die gerügte Verletzung des § 23. des Gesetzes vom 24. April 1854.

Tritt aber dies neuere Gesetz ein, so sind auch die Vor-

Digitized by Google

schriften der §§ 9. und 13. daselbst am Platze. Den Thatbestand derselben: „daß nämlich die Mutter während der Konzeptionszeit mit mehreren Mannspersonen den Beischlaf vollzogen habe“ (wodurch die zuerkannten Forderungen ausgeschlossen werden), hat der erste Richter zur Verwerfung der von der Klägerin geforderten persönlichen Abfindung für erwiesen angenommen. Dagegen ist von den Klägern keine Ausstellung erhoben, und es ergeben auch in der That die Aussagen der Zeugen N. N. den Einwand, daß die Klägerin in der Konzeptionszeit mit dem Knechte Franz G. und dem Maurer Franz D. zugehalten, bestimmt genug, um den Erfüllungseid, zu welchem sich der Verklagte über diesen Punkt eventuell erbietet, entbehrlich erscheinen zu lassen.

No. 45. – III. Senat. Sitzung v. 5. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Hattingen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Vorrecht des Erbstöllners auf die überfahrenen Gänge und Flötze.

Das Vorrecht des Erbstöllners auf die überfahrenen Gänge und Flötze tritt nur dann ein, wenn kein Anderer ein besseres Recht auf die Beleihung erlangt hat.*

A. L. R. I. **16**. § 234.

Im Jahre 1831 war bei Gelegenheit der Eröffnung eines Steinbruches auf dem Grundstücke des Landwirthes N. zu Linden ein zwischen den Sandsteinschichten gelagertes Steinkohlenflötz von ungefähr vier Fuß Mächtigkeit entblößt worden, auf

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 13. S. 203., Bd. 15. S. 31.; Präjudiz No. 1308. (Plenarbeschluß) vom 12. Juni 1843, Präjudizien-Sammlung S. 219. und Entscheidungen Bd. 9. S. 97. 98., Bd. 24. S. 203. ff.

Digitized by Google

welches der Freiherr von E. als erster Finder bei dem Märkischen Bergamt zu Bochum am 31. Mai 1831 unter dem Namen „Friedlicher Nachbar“ vorschriftsmäßige Muthung eingelegt hatte. Das gedachte Bergamt hatte diese Muthung angenommen und durch die Verfügung vom 25. Januar 1832 die demnächst auch ausgeführte vollständige Erschürfung des gemutheten Flötzes angeordnet. Später nahm der Gutsbesitzer von B. auf Grund der ihm als Repräsentanten der Gewerkschaft „Neue-Weg-Erbstollen“ am 16. Februar 1852 unter dem Namen „Schwagerstein“ eingelegten Muthung ungefähr den vierten Theil des für die Muthung „Friedlicher Nachbar“ begehrten Feldes ebenfalls in Anspruch und erwirkte auch die Beleihung bei dem Bergamte. Hierdurch erachtete sich von E. in seinem Rechte für verletzt und nahm daher für seine Muthung das Vorzugsrecht vor der Muthung des von B. gegen denselben mittelst gerichtlicher Klage in Anspruch. — Die Richter der beiden untern Instanzen erkannten dem Kläger das beanspruchte Vorzugsrecht zu, der Appellations-Richter aus dem Grunde, weil die Muthung des Klägers die ältere sei, und dem Verklagten als Erbstöllner nach § 234. II. 16. des Allgem. Landrechts ein Vorzugsrecht nur dann gebührt habe, wenn das überfahrene Flötz, wie nicht der Fall sei, in einem bergfreien Felde belegen wäre.

Verklagter führte hiergegen in der von ihm eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde aus, daß das Alter der Muthungen der Parteien die Streitfrage nicht entscheide. Denn Kläger habe nicht auf Grund eines Schürfscheines einen Fund gemacht und könne deshalb, wie auch der Appellations-Richter zugebe, höchstens nur als *zufälliger Finder* angesehen werden. Der Fund, auf den die Muthung des Beklagten sich stütze, sei dagegen dadurch gemacht, daß das betreffende Flötz mit dem Erbstollen der Gewerkschaft „Neue-Weg-Erbstollen“, durchfahren sei. Nach dem § 234. II. 16. des Allgem. Landrechts habe aber der Stöllner an den unverliehenen Gängen und Flötzen, die er gehörig über-

Digitized by Google

fahren, die Rechte des ersten Finders. Es ständen somit dem Beklagten dieselben Rechte zu, als wenn er den Fund auf den Grund eines Schürfscheins gemacht hätte, — der § 159. a. a. O. beziehe sich nur auf das Ueberfahren bei anderweitigem Grubenbau (Entscheidungen Bd. 24. S. 203. ff.). Daß aber der mit einem Schürfschein versehene Finder, der konzessionirte Finder, dem, der einen zufälligen Fund gemacht habe, vorgehe, auch wenn letzterer frühere Muthung eingelegt habe, als jener, sei nach den §§ 154. 158–161. 363. a. a. O. zweifellos und auch stets vom höchsten Gerichtshofe angenommen und in vielen Entscheidungen ausgeführt.*

Der Appellations-Richter meine zwar, der § 234. setze ein bergfreies Feld voraus, also ein solches, welches mit Muthung noch nicht bestrickt sei. Darin irre er jedoch. Bestimme der § 234. weiter Nichts, als was der Appellations-Richter in ihm finde, so sei dessen Bestimmung völlig bedeutungslos, indem, wenn noch kein Anderer das überfahrene Flötz mit Muthung bestrickt habe, der überfahrende Erbstöllner der erste Finder sei. Wenn der § 234. den Erbstöllner in Betreff der überfahrenen Flötze dem Finder auf Grund eines Schürfscheins gleichstelle, und wenn dieser dem wenngleich älteren Muther auf Grund eines zufälligen Fundes vorgehe, so könne der Umstand, daß das vom Erbstöllner überfahrene Flötz bereits von einem zufälligen Finder mit Muthung bestrickt sei, keineswegs die Anwendung des § 234. ausschließen, vielmehr lege in einem solchem Falle das bezogene Gesetz erst recht seine praktische

* Vergl. die Gründe des Plenarbeschlusses vom 22. Juni 1843 (Entscheidungen Bd. 9. S. 97. 98.), in welchen gesagt ist, daß der Dritte, der durch einen Glückszufall einen Fund früher gemacht, und frühere Muthung eingelegt habe, dem konzessionirten Schürfer weichen müsse, sofern dieser nur überhaupt in seinen Fristen, wenn auch erst nach der von jenem eingelegten Muthung, einen Fund macht. Auch in dem Erkenntnisse vom 5. November 1852 (Entscheidungen Bd. 24. S. 210.) wird das Vorrecht des Muthers, welcher, soweit er das Flötz mit seinem Erbstollen überfahren habe, die Rechte des ersten Finders für sich in Anspruch nehmen könne, vor dem zufälligen Finder anerkannt, und dasselbe Prinzip liegt der Entscheidung vom 20. Juni 1854 (Archiv für Rechtsfälle Bd. 13. S. 203.) zum Grunde.

Digitized by Google

Wirksamkeit an den Tag. Der Appellations-Richter habe hiernach die §§ 154–161. 234. und 263. II. 16. des Allg. Landrechts und das Rechtsprinzip verletzt: Dem Erbstöllner, welcher mit seinem Erbstollen ein Flötz überfahren und auf Grund dessen binnen vier Wochen Muthung eingelegt hat, gebührt das Vorzugsrecht vor Demjenigen, welcher auf Grund eines zufälligen Fundes gemuthet hat, wenngleich dessen Muthung früher angebracht ist.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Der von dem Appellations-Richter aufgestellte als verletzt bezeichnete Rechtsgrundsatz geht zu weit, und kann in seiner Allgemeinheit nicht für richtig erachtet werden. Im vorliegenden Falle ist die Muthung des Klägers mehr als zwanzig Jahre früher eingelegt worden, als die des Verklagten, und es kann unmöglich angenommen werden, daß der letztere ohne Rücksicht darauf, zu welcher Zeit das in Rede stehende Flötz mit dem Erbstollen überfahren worden, das Vorzugsrecht vor der zwanzig Jahre früher eingelegten Muthung des Klägers zustehe. Der § 234. II. 16. des Allgem. Landrechts verordnet: „Der Stöllner hat an den unverliehenen Gängen und Flötzen, welche er gehörig überfährt, die Rechte des ersten Finders.“ Das Vorrecht des Erbstöllners beschränkt sich daher auf unverliehene Gänge und Flötze. Hierbei darf das Wort „unverliehen“ nicht in der strengwörtlichen Bedeutung verstanden werden, so daß jedes Recht eines Dritten, welcher noch keine Beleihung erhalten, ausgeschlossen wäre, es muß vielmehr dahin verstanden werden: daß das Vorrecht des Stöllners nur dann eintrete, wenn kein Anderer vorher ein besseres Recht auf Beleihung erlangt hat.

Hiernach fällt dem Appellations-Richter weder eine Verletzung des hervorgehobenen Rechtsgrundsatzes, noch des § 234.

Digitized by Google

a. a. O. zur Last. Das vom Verklagten in Anspruch genommene Vorrecht vor der älteren Muthung des Klägers folgt auch aus den ferner als verletzt bezeichneten §§ 154–161. und 363. II. 16. des Allgem. Landrechts nicht, es kann daher auch ein Verstoß gegen diese Vorschrift nicht angenommen, es muß vielmehr die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen werden.

No. 46. – IV. Senat. Sitzung v. 9. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Perleberg.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Beweis aus der Zahlung einer Geldsumme.

Die Regel, daß die Hingabe einer gewissen Geldsumme zu Gunsten des Zahlenden nicht ohne Weiteres die Entstehung eines Forderungsrechtes beweise, gilt nicht umgekehrt dahin, daß sie nicht präsumtiv einen Beweis der Tilgung einer vorhandenen Verbindlichkeit abgebe.

A. L. R. I. **16.** §§ 150. 151. ff.

Der Bauer Joachim J., welcher seit 1828 dem Arbeitsmann Hans J. 400 Rthlr. verschuldete, ließ demselben im Jahre 1842 durch einen Dritten 200 Rthlr. auszahlen, wie er bebehauptete, auf diese 400 Rthlr., wie Hans J. dagegen angab, auf ein anderweitiges von ihm dem Joachim J. im Jahre 1841 angeblich gemachtes Darlehn. Hans J. wurde hierauf gegen den Joachim J. auf Zahlung der vollen 400 Rthlr. klagbar. Der über die zweite Hälfte dieser Summe zwischen den Parteien geführte Streit interessirt hier weiter nicht, sondern nur die über die ersten 200 Rthlr. zum Austrage gekommene Differenz, indem Verklagter dieselben durch die 1842 geschehene Zahlung für

Digitized by Google

getilgt erachtete, Kläger dagegen nicht. — Der erste Richter verstattete den Verklagten zum Erfüllungseide darüber, daß er die 200 Rthlr. dem Kläger auf seine Schuld von 400 Rthlr. bezahlt habe, und wies für den Schwörungsfall den Kläger ab, wobei der Richter einen für die Hingabe des vom Kläger behaupteten (zweiten) Darlehns von 200 Rthlrn. angetretenen Beweis nicht für genügend substanziirt erachtete. Kläger appellirte. Auch der zweite Richter ließ weder den vom Kläger für die Hingabe dieses Darlehns, noch den vom Verklagten für die Nicht-Hingabe desselben vorgeschlagenen Gegenbeweis aufnehmen, und verurtheilte übrigens abändernd den Verklagten nach dem Klageantrage. Der Appellations-Richter nahm hierbei an, es habe Verklagter zu beweisen, daß er 200 Rthlr. gerade auf die ersten 400 Rthlr. bezahlt habe, und da er diesen Nachweis schuldig geblieben sei, so komme es auf das vom Kläger noch anderweitig behauptete Darlehn von 400 Rthlrn. nicht weiter an. Der Appellations-Richter knüpfte dabei den Satz an, daß aus der bloßen Thatsache der Zahlung noch nicht die Eingehung eines Darlehnsvertrages folge, weil ja das Geld auch zur Tilgung einer Schuldverbindlichkeit gegeben sein könne, deren Vorhandengewesensein der Empfänger der Zahlung alsdann nicht zu beweisen gehalten sei.

Auf die von dem Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal das Appellations-Erkenntniß vernichtet und das erste Erkenntniß bestätigt — aus folgenden

Gründen:

Allerdings kann, wie der Appellations-Richter bemerkt, durch das Hingeben einer Summe Geldes sowohl die Eingehung eines Darlehnsvertrages, als auch die Tilgung einer Schuld des Zahlenden an den Empfänger beabsichtigt sein. Allein diese Möglichkeit ist für den vorliegenden Fall gleichgültig, da beide Theile darüber einig sind, daß die vom Beklagten an den Klägers geständlich im Jahre 1842 durch den Rentier S. gezahlten

Digitized by Google

200 Rthlr. nicht als Darlehn, sondern zur Tilgung einer Schuld des Beklagten an den Kläger gegeben worden sind, daß es sich also hier von einer dem Kläger von dem Beklagten geleisteten eigentlichen Zahlung handelt, — § 28. I. 16. des Allgem. Landrechts, welche den zahlenden Schuldner von der Verbindlichkeit befreite, die dadurch hat getilgt werden sollen, — § 149. a. a. O. In dem Falle, wenn der Zahlende dem Zahlungsempfänger aus mehreren Forderungen verhaftet ist, soll (§ 150. a. a. O.) hauptsächlich nach dem Uebereinkommen der Parteien, und in dessen Ermangelung, nach den speziellen gesetzlichen Vorschriften der §§ 151. ff. a. a. O., beurtheilt werden, auf welche der schuldigen Posten die geleistete Zahlung anzurechnen sei. Ist dagegen der Zahlende dem Empfänger nur aus Einer Forderung verhaftet, so versteht es sich ganz von selbst, daß die zur Tilgung einer Schuldverbindlichkeit geleistete Zahlung nur auf diese Eine Forderung angerechnet werden kann. — Kläger behauptet indessen, daß der Beklagte ihm zur Zeilt der Zahlung der 200 Rthlr. im Jahre 1842 nicht blos die jetzt eingeklagten 400 Rthlr. aus dem Schuldscheine vom 11. März 1828, sondern außerdem noch aus einem im Jahre 1841 gegebenen Darlehne 200 Rthlr. verschuldet habe, und er will nur auf letztere Post die gezahlten 200 Rthlr. empfangen haben, — der Beklagte hat die Existenz der letzteren Forderung bestritten, und der Appellations-Richter hat den von ihm darüber angetretenen Beweis unter Berufung auf die §§ 149–160. a. a. O. für unerheblich und den Verklagten zur Führung des Beweises für verpflichtet erachtet: „daß die von ihm durch S. im Jahre 1842 gezahlten 200 Rthlr. auf die Schuld von 400 Rthlrn. aus der Verschreibung vom 11. März 1828 gezahlt worden seien.“ Da indessen einerseits, falls Verklagter dem Kläger zur Zeit jener Zahlung wirklich überhaupt nur 400 Rthlr. aus dem Schuldscheine vom 11. März 1828 verschuldete, es, wie bemerkt, eines Nachweises, daß hierauf die fragliche Zahlung der 200 Rthlr. geleistet worden, seitens des Verklagten gar nicht

Digitized by Google

bedurfte, andererseits auch die vom Appellations-Richter allegirten §§ 150. ff. a. a. O. gerade den Fall voraussetzen, daß der Zahlende dem Empfänger aus mehreren Forderungen verhaftet war, so hat der Appellations-Richter, indem er den Beweis über die Existenz der zweiten Forderung des Klägers von 200 Rthlrn. für unerheblich erachtete, die bestrittene Existenz einer Forderung der 200 Rthlr., für welche auch rechtliche Präsumtionen weder sprechen, noch angeführt sind, vorausgesetzt, und dadurch den Rechtsgrundsatz des § 28. I. 13. der Allgem. Gerichts-Ordnung — wie in der Richtigkeitsbeschwerde gerügt ist — verletzt.

Aber selbst angenommen, die Existenz der zweiten klägerischen Forderung von 200 Rthlrn. stände fest, so würde dadurch allein das Verlangen des Klägers, die unstreitige Zahlung auf die fraglichen 200 Rthlr. anzurechnen, noch nicht gerechtfertigt sein, und auch dann dem Appellations-Richter eine Verletzung der §§ 150. ff. I. 16. des Allgem. Landrechts zur Last fallen. Diese Vorschriften enthalten über die Beweislast Nichts; es gilt daher die allgemeine Regel, daß derjenige, welcher sich auf eine bestrittene Thatsache stützt, solche beweisen muß. — Wer sich daher auf ein Uebereinkommen über die Art der Anrechnung einer geleisteten Zahlung auf eine von mehreren Forderungen (§ 150.) oder auf eine der speziellen Vorschriften der §§ 151. ff. stützt, muß das Uebereinkommen, resp. die thatsächlichen Bedingungen der §§ 151. ff. beweisen, sei es nun der Zahlende oder der Zahlungsempfänger, jener im Falle des § 151., dieser im Falle des § 152. Daher lag, selbst unter Voraussetzung der Richtigkeit einer zweiten Forderung des Klägers von 200 Rthlrn., diesem zur Begründung seines Verlangens, die unstreitige Zahlung von 200 Rthlrn. im Jahre 1842 lediglich auf die angebliche Darlehnsforderung der 200 Rthlr. aus dem Jahre 1841, nicht aber auch auf die ältere Forderung der 400 Rthlr. aus dem Jahre 1828 zu verrechnen, sowie zur Ausschließung der Vorschrift des § 159. in Ermangelung eines von keinem Theile

Digitized by Google

nachgewiesenen Uebereinkommens, der Beweis ob, daß entweder der Verklagte die fragliche Zahlung ausdrücklich auf das streitige Darlehn der 200 Rthlr. geleistet (§ 151.), oder daß er, der Kläger, die ohne weitere Bestimmung gezahlten 200 Rthlr. ausdrücklich auf die streitigen 200 Rthlr. angerechnet, und Verklagter dem nicht rechtzeitig widersprochen habe (§ 152.), oder daß er, Kläger, die streitigen 200 Rthlr. zuerst eingefordert habe (§ 155.), oder daß bei dieser Post die wenigste Sicherheit, oder dieselbe in Ansehung des Zinssatzes dem Beklagten am lästigsten, oder endlich, daß sie am längsten verfallen gewesen sei, — §§ 156. 157. 158. Keinen dieser Nachweise hat aber der Kläger auch nur angetreten, und der Appellations-Richter hat, wenn er den Kläger von dieser Beweislast befreite und selbst unter Voraussetzung der Richtigkeit der streitigen und überall nicht nachgewiesenen Forderung der 200 Rthlr. nicht mindestens den § 159. a. a. O. zur Anwendung brachte, die von ihm selbst zur Unterstützung allegirten §§ 150–159. verletzt. Sein Erkenntniß unterliegt daher der Vernichtung.

In der Sache selbst kann es für jetzt dahin gestellt bleiben, ob, was vom Verklagten bestritten, und vom Kläger, wie ihm oblag, bis jetzt noch in keiner Art dargethan ist, dieser zur Zeit des Empfanges der Zahlung von 200 Rthlrn. im Jahre 1842 von dem Verklagten außer den 400 Rthlrn. aus dem Schuldscheine vom 11. März 1828 noch wirklich 200 Rthlr. aus einem ihm im Jahre 1842 gegebenen Darlehne zu fordern hatte. Denn, selbst dies als richtig vorausgesetzt, würde er doch nach dem Vorangeschickten die fragliche Zahlung der 200 Rthlr. auf die letztere Forderung nur auf Grund eines besonderen Abkommens (§ 150.) oder anderer in den §§ 151. ff. hervorgehobener Umstände anrechnen können.

Digitized by Google

No. 47. — IV. Senat. Sitzung v. 9. Oktbr. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Friedeberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Frankfurt.

Beweislast hinsichtlich der erfolgten Zahlung der Cessionsvaluta. — Gewährsleistung bei Cessionen.

a. Enthält die Cessions-Urkunde keine Angabe des Betrages der Valuta, sondern nur die Erklärung des Cedenten, daß er den Preis der Verabredung gemäß baar bezahlt erhalten habe, so muß der Cessionar seine Behauptung, er habe den Nominalwerth der Forderung als Valuta bezahlt, darthun.

b. Die Stipulation: „ich leiste Gewähr für die Sicherheit der ganzen Forderung," verpflichtet nur zur Gewähr für den Betrag der wirklich gezahlten Valuta, wogegen der Cessionar die ganze Forderung zurück cediren muß.*

A. L. R. I. 11. §§ 440. 429.

Der Eigenthümer S. erstritt durch rechtskräftiges Erkenntniß vom 9. März 1853 gegen den ehemaligen Gutsbesitzer C. eine Forderung von 577 Rthlrn. 5 Sgr. 9 Pf. nebst 5 Prozent Verzugszinsen seit dem 14. Oktober 1852 und trat dieselbe laut notarieller Cession am 13. April 1853 an den Kaufmann H. ab. In dieser Cession heißt es wörtlich:

Dabei leiste ich dem H. nicht allein für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der cedirten Forderung, sondern auch für die Sicherheit der g a n z e n Forderung nebst Zinsen und Kosten der Einziehung Gewähr.

Den Preis habe ich der Verabredung gemäß baar bezahlt erhalten.

* Vergl. den Rechtsfall No. 29. Seite 127. dieses Bandes.

Digitized by Google

Die Forderung war von dem C. nicht beizutreiben. H. verlangte deshalb von dem S. Zahlung des ganzen Betrages der Forderung nebst Zinsen. — Der Verklagte beantragte die Abweisung des Klägers, weil er demselben die wirklich gezahlte Cessions-Valuta von 350 Rthlrn., für die er nur aufzukommen brauche (§ 440. I. 11. des Allgem. Landrechts), nebst Zinsen angeboten, Kläger deren Annahme aber verweigert habe.

Der erste Richter verurtheilte den Verklagten nach dem Antrage. Der zweite Richter wies die Klage aus hier nicht interessirenden Gründen angebrachtermaßen ab.

Das Ober-Tribunal hat dagegen auf die Revision des Klägers unter Abänderung des zweiten Urtheils den Verklagten verurtheilt, gegen Rückcession der 577 Rthlr. 5 Sgr. 9 Pf. nebst Zinsen dem Kläger 350 Rthlr. nebst Zinsen zu zahlen.

Gründe:

Es fragt sich:

ob der Verklagte den Nominalwerth der cedirten Forderung, oder nur die gezahlte Valuta zu erstatten hat?

Gesetzlich ist der Cedent, wenn er überhaupt Gewähr der Sicherheit zu leisten hat, nur für die empfangene Valuta ingleichen für Schäden und Kosten zu haften verpflichtet, — § 440. I. 11. des Allgem. Landrechts, nud es kann nicht angenommen werden, daß der Verklagte sich vertragsmäßig verpflichtet hätte, über den Betrag der erhaltenen Valuta hinaus für die Sicherheit zu haften.

Zunächst ist als feststehend zu erachten, daß die Valuta nur zu 350 Rthlrn. verabredet und gezahlt worden. Die Cessions-Urkunde selbst enthält keine Angabe des Betrages der Valuta, sondern nur die Erklärung des Cedenten: daß er den Preis der Verabredung gemäß baar bezahlt erhalten habe. Sie beweist also eine Bestimmung der Höhe der Valuta überhaupt nicht.

Der Verklagte hat nur eingeräumt, daß die Valuta nur

Digitized by Google

auf 350 Rthlr. bestimmt sei und seinerseits Beweismittel dafür angegeben. Er hatte das aber nicht nöthig, sondern der Kläger war verbunden, die Verabredung einer höhern Valuta, namentlich, daß sie auf den Nominalwerth bestimmt worden, zu behaupten und nachzuweisen.

Das hat Kläger aber nicht gethan. In erster Instanz erklärt er die Höhe der Valuta für gleichgültig und bestreitet, daß 350 Rthlr. als Valuta verabredet seien, unter Acceptation des eventuell deferirten Eides. Er behauptet aber nicht die Verabredung einer bestimmten höhern Valuta, und noch weniger, daß er mehr als 350 Rthlr. als solche gezahlt habe. Beweismittel seinerseits hat er gar nicht angegeben, auch nicht, als Verklagter in zweiter Instanz hierauf wiederholt hinwies, vielmehr läßt seine Erklärung, die er über die Einrede „daß mündlich vor der Cession die Gewährleistung auf die Valuta beschränkt sei" abgegeben hat, erkennen, daß er die Bestimmung der Valuta auf 350 Rthlr. gar nicht mehr bestreitet, indem er sagt: „es wird bestritten, daß vor der notariellen Cession ausdrücklich verabredet ist, daß die Gewährleistung sich nur auf die gezahlte Valuta der 350 Rthlr. erstrecken solle," mithin im Einklange mit der Angabe des Verklagten die Höhe der Valuta und ihre Zahlung mit 350 Rthlr. als feststehend ansieht.

Auch später bestreitet er nur, daß Verklagter sich bereit erklärt habe, ihm 350 Rthlr. zurückzuzahlen, ohne irgend eine Bemerkung, daß dieses nicht die verabredete Valuta sei, und daß er etwa als solche einen höhern Betrag gezahlt habe. Einer Aufnahme des von dem Verklagten vorgeschlagenen Beweises bedurfte es nicht. Es ist vielmehr schon jetzt für feststehend zu erachten, daß die Valuta auf 350 Rthlr., also unter dem Nominalwerth, bestimmt ist, und dann war der Verklagte gesetzlich zur Gewähr für die Sicherheit nicht verbunden, sondern konnte sie nur durch ausdrückliches Versprechen erst übernehmen, — § 429. a. a. O.

Digitized by Google

Von diesem Standpunkte aus muß nun aber ein solches Versprechen an sich auf das Maaß der gesetzlichen Verpflichtung beschränkt werden, da die Vermuthung dagegen streitet, daß der Cedent über den Betrag der Valuta hinaus sich habe verpflichten wollen. Es würde dieses der gesetzlichen Regel gegenüber auf ein Geschenk hinauslaufen und wenigstens den Charakter einer Bürgschaftsleistung für den debitor cessus annehmen. Gegen beides streitet die Vermuthung. Sofern also nicht eine ganz ausdrückliche und klare Uebernahme einer weiter gehenden Verbindlichkeit vorhanden ist, muß sie von dem gesetzlichen Maaße verstanden werden.

Nun sagt zwar in der Cessions-Urkunde der Verklagte: dabei leiste ich dem H. nicht allein für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der cedirten Forderung, sondern auch für die Sicherheit der ganzen Forderung nebst Zinsen und Kosten der Einziehung Gewähr. Allein dieser Ausdruck ist nicht von dem Nominalbetrage der Forderung zu verstehen. Gegenüber dem als feststehend anzusehenden Umstande, daß die Valuta nur auf 350 Rthlr. verabredet worden, hätte aus dem Gesichtspunkte einer Schenkung oder einer Bürgschaft nicht nur der Ausdruck: „ganze Forderung" gebraucht, sondern deren Betrag mit 577 Rthlrn. 5 Sgr. 9 Pf. ausdrücklich genannt sein müssen, wenn man mit voller Sicherheit sollte annehmen können, daß wirklich für den Nominalbetrag die Sicherheitsgewähr hat übernommen werden sollen. Denn außerdem und bei dem jetzt gebrauchten Ausdrucke bleibt darunter nur die Summe zu verstehen, für welche nach dem gesetzlichen Maaßstabe die Gewähr zu leisten wäre, wenn sie überhaupt dem Verklagten gesetzlich obgelegen hätte, die er aber im vorliegenden Falle eben nur aus einem Versprechen überkommen konnte. Deshalb bedurfte es auch nicht der Beweisaufnahme darüber, daß vor dem Cessionsgeschäfte noch ausdrücklich verabredet worden, daß die Gewährleistung nur auf 350 Rthlr. sich erstrecken solle.

Hiernach war der Verklagte zwar schon jetzt zur Gewähr-

Digitized by Google

leistung für verpflichtet zu erachten, diese Verbindlichkeit aber dem Umfange nach auf die Valuta der 350 Rthlr. nebst Zinsen seit 13. April 1853, wie Verklagter anerkennt und wozu er bereit ist, sowie die in separato zu ermittelnden Kosten zu beschränken. Gegen die Zahlung muß aber der Kläger Rückcession der ganzen ihm unterm 13. April 1853 abgetretenen Forderung von 577 Rthlrn. 5 Sgr. 9 Pf. nebst Zinsen seit dem 14. Oktober 1852 leisten.

No. 48. — V. Senat. Sitzung v. 9. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Bergen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Greifswald.

Wirkung des von einer Manns- und Frauensperson unterschriebenen Schuldscheins nach Gemeinem Rechte.

Der im § 232. I. 14. des Allgem. Landrechts aufgestellte Rechtsgrundsatz ist dem Gemeinen Rechte fremd.

A. L. R. I. **14**. § 232.; Nov. 134. cap. 8.; Auth. si qua mulier Cod. ad S. C. Vellejanum **4**. 29.; Lex 17. und 27. Dig. ad S. C. Vellejanum **16**. 1.

Zwei Geschwister, Bruder und Schwester, stellten einen Schuldschein aus. Auf Zahlung belangt behauptete die Schwester in der Nichtigkeitsbeschwerde, daß auch für das Gemeine Recht der im § 232. I. 14. des Allgem. Landrechts aufgestellte Rechtsgrundsatz gelte.

Das Ober-Tribunal hat die Beschwerde verworfen —

in Erwägung:

daß es als eine irrige Ansicht bezeichnet werden muß, wenn in der Nichtigkeitsbeschwerde behauptet wird, daß, weil die Nov. 134. cap. 8. analoge Anwendung gefunden habe, auch

Digitized by Google

nach Gemeinem Rechte der Rechtsgrundsatz des § 232. I. 14. des Allgem. Landrechts gelte, und daß deshalb die Implorantin, verehelichte S., in Bezug auf den von ihr mitunterschriebenen Schuldschein nur als Bürgin anzusehen sei;

daß der in dem § 232. a. a. O. aufgestellte Grundsatz: „daß, wenn eine Manns- und eine Frauensperson sich in Einem Instrumente als Selbst- oder Mitschuldner verpflichtet haben, gesetzlich vermuthet werde, daß die Mannsperson Hauptschuldner, die Frauensperson aber nur Bürgin sei", keinesweges ein gemeinrechtlicher ist;

daß vielmehr nach Gemeinem Rechte es als unbestritten feststehend betrachtet werden muß, daß, wenn eine Frauensperson zugleich mit einer Mannsperson eine Schuld kontrahirt und darüber mit derselben zusammen ein Schuldbekenntniß ausstellt, sie daraus als Selbstschuldnerin auf ihren Antheil verhaftet ist;

daß zwar von mehreren Rechtslehrern, unter Bezugnahme auf die Nov. 134. cap. 8. und die daraus entnommene Auth. Si qua mulier Cod. ad Sctum. Vellejanum (4. 29.) angenommen wird, daß, wenn eine Ehefrau zugleich mit ihrem Ehemanne eine Schuldverschreibung ausstellt, worin beide sich als Schuldner bekennen, im Zweifel immer vermuthet werden müsse, daß der Ehemann der alleinige Schuldner, und die Ehefrau nur als Bürgin beigetreten sei;

daß diese Annahme jedoch, abgesehen davon, daß dieselbe von anderen Rechtslehrern als richtig bestritten und dagegen auf Grund der Lex 17. und 27. Dig. ad Sctum. Vellejanum (16. 1.) angenommen wird, daß auch in einem solchen Falle die Ehefrau stets auf ihren Antheil als Selbstschuldnerin hafte, sich lediglich auf Eheleute bezieht, und daher im vorliegenden Falle, wo von der Implorantin, der verehelichten S., zusammen mit ihrem Bruder, dem Imploranten Karl P., und ihrem demnächst verstorbenen Vater die fragliche Schuldurkunde unterschrieben worden, gar nicht in Betracht kommen kann;

Digitized by Google

daß überdies bisher in den Instanzen von Seiten der verehelichten S. überall nicht exzipirt worden, daß sie dem von ihrem Vater und Bruder kontrahirten Darlehne durch ihre Mitunterschrift des Schuldscheins nur als Bürgin beigetreten sei;

daß umsoweniger sich daher dem Appellations-Richter eine Verletzung jenes in der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemachten Rechtsgrundsatzes, selbst wenn derselbe als ein gemeinrechtlicher betrachtet werden könnte, zur Last legen läßt.

No. 49. — III. Senat. Sitzung v. 7. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Ratibor.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Vertretung der Korrealschulden-Interessenten der Landgemeinden in Schlesien durch die Dorfgerichte.

Die Befugniß der Dorfgerichte in Schlesien zur Vertretung der Korrealschulden-Interessenten der dortigen Landgemeinden in Gemäßheit der Kabinets-Order vom 19. August 1835 hat mit dem 1. Januar 1848 aufgehört.

Kabinets-Order v. 19. August 1835 §§ 14. 16. (Ges.-Samml. S. 184.)

Die Korrealschulden-Interessenten der Gemeinde P. in Schlesien waren in Folge Ankaufs von Dominial-Ländereien dem dortigen Dominium 38,266 Rthlr. 2 Sgr. 3 Pf. schuldig geworden. Bei der Auflösung dieses Korrealverbandes resp. bei der Repartirung der Schulden auf die einzelnen betheiligten Mitglieder war dem Bauer K., als Besitzer des Dominialgrundstücks No. 90., der Antheil von 411 Rthlrn. 17 Sgr. zur Last geschrieben und dem Antrage des Korrealschulden-Regulirungs-Kommissars gemäß auf dem gedachten Grundstücke protestativisch

Digitized by Google

eingetragen worden. Hiernächst hatten die Korrealschulden-Interessenten gegen den K. auf Zahlung dieser 411 Rthlr. 17 Sgr. geklagt, waren aber mit ihrem Anspruche angebrachtermaaßen abgewiesen worden. K. verlangte nunmehr ihre Einwilligung in die Löschung der Protestation. Sie verweigerten dieselbe jedoch, weil sie auch gegenwärtig noch den bei Eintragung der Protestation geltend gemachten Anspruch zu haben glaubten. Dieserhalb wurde K. gegen die Dorfgerichte zu P. als gesetzliche Vertreter der Korrealschulden-Interessenten daselbst im Diffamationsprozesse mit dem Antrage klagbar: dieselben zu verurtheilen, ihren Anspruch binnen vier Wochen bei Verlust desselben durch Klage geltend zu machen. — Das Gericht erster Instanz wies den Provokanten wegen fehlender Passivlegitimation ab. Das Gericht zweiter Instanz verurtheilte die Provokaten nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Provokaten das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Urtheil bestätigt.

Gründe:

Wenn der Appellations-Richter den Einwand der mangelnden Legitimation der Dorfgerichte zu P. zur Vertretung der dortigen Korrealschulden-Interessenten als unbegründet verwirft, weil der § 14. der Kabinets-Order vom 19. August 1835 den Dorfgerichten die Wahrnehmung der Rechte ihrer Gemeinden in allen Korreal-Angelegenheiten übertrage, und dieses Mandat, der in § 16. der gedachten Order ausgesprochenen Beschränkung ihrer Gesetzeskraft auf die Zeit bis zum 1. Januar 1848 ungeachtet, gegenwärtig noch fortdaure, so ist er allerdings mit dem Wortlaute und der Auslegung, welche dem von dem Imploranten als verletzt bezeichneten § 16. der Kabinets-Order nach deren Inhalt und Absicht gebührt, in Widerspruch getreten.

Die transitorische Natur der Kabinets-Order vom 19. August 1835 liegt schon in deren Eigenschaft eines zur Regulirung

Digitized by Google

gewisser augenblicklicher Verhältnisse speziell erlassenen Gesetzes, dessen Bedeutung mit Abschluß des Regulirungs-Geschäfts wegfallen mußte. Eine nähere Betrachtung der einzelnen Bestimmungen der Kabinets-Order läßt hierüber keinen Zweifel. Nach § 1. wird jedem einzelnen Mitgliede einer durch Korrealverpflichtungen der in Rede stehenden Art betroffenen Gemeinde unter gewissen Bedingungen ein Spezial-Moratorium bis zum 1. Januar 1848 bewilligt. Unter diesen Bedingungen steht voran, daß der Schuldner bis zum 1. Juli 1836 alle rückständigen und laufenden Zinsen seines Antheils berichtige. Sollte sein Antheil an der Kaufschuld weder von Anfang an bestimmt sein, noch bis zum 1. Januar 1836 festgestellt werden können, so soll wenigstens eine vorläufige Vertheilung der bis dahin rückständigen Zinsen stattfinden, damit die den Theilnehmern bei Verlust des Moratoriums binnen sechs Monaten obliegende Abführung der rückständigen Zinsen sofort beginnen könne.

Nach § 2. wird ferner den Interessenten zur Pflicht gemacht, ein Prozent des Kapitals zur Bildung eines Amortisationsfonds jährlich in halbjährigen Raten abzuführen, bis zehn Prozent beisammen sind, und mit dieser Zahlung am 1. Juli 1836 den Anfang zu machen. Ein Stellenbesitzer, der mit Zahlung seiner Beiträge zu den laufenden Zinsen und zum Amortisationsfonds säumig ist, geht nach § 3. des Moratoriums verlustig. Sämmtliche betheiligte Besitzungen werden abgeschätzt, und die rückständigen Korrealschulden werden auf dieselben repartirt, § 4. Nach geschehener Einzahlung von zehn Prozent an Amortisations-Beiträgen erfolgt deren Vertheilung, der an die Gläubiger gezahlte Betrag wird im Hypothekenbuche gelöscht und auf den Instrumenten abgeschrieben. Die Solidarverbindlichkeit hört auf, und jeder Stellenbesitzer bleibt nur nach Höhe des auf seine Besitzung vertheilten Antheils verhaftet, § 13. Auch schon früher kann sich jeder Interessent nach § 5. durch die Einzahlung seines Antheils an der Korrealschuld und Bestellung einer gesetzlich sichern Kaution auf Höhe von zehn

Digitized by Google

Prozent dieses Antheils von seiner Korrealverpflichtung befreien. Der § 16. verordnet demnächst Folgendes:

> Mit dem 1. Januar 1848 hört die Gesetzeskraft dieser Order auf. Es bleibt indeß den Gläubigern und Schuldnern überlassen, sich nach erfolgter Ausführung der im § 13. vorgeschriebenen Distribution des Amortisationsfonds über eine Verlängerung des Moratoriums zu einigen.

Diese Bestimmung in Verbindung mit demjenigen, was vorstehend über den sonstigen Inhalt der Kabinetsorder mitgetheilt ist, ergiebt deutlich, daß die darin angeordnete Regulirung auf einen bestimmten Zeitraum berechnet war und mit dem 1. Januar 1848 beendet sein mußte. Wer nicht mit dem 1. Juli 1836 oder, bei einer provisorischen Vertheilung, binnen der in § 1. gestatteten sechsmonatlichen Frist die rückständigen Zinsen bezahlt und demnächst prompt seine Beiträge zu den laufenden Zinsen und dem Amortisationsfonds berichtigt hatte, wurde des Moratoriums verlustig, und der Gesetzgeber ging daher davon aus, daß mit dem 1. Januar 1848, an welchem Tage auch das Moratorium aufhörte, die ganze Angelegenheit soweit geordnet sein werde, um den durch die Kabinetsorder begründeten Ausnahme-Zustand aufhören, und die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen wieder eintreten zu lassen. Es fehlt daher auch an allem Grunde, die Ausnahme-Bestimmung des § 14. der Kabinetsorder, worin den Dorfgerichten die Wahrnehmung der Rechte ihrer Gemeinden übertragen wird, ohne daß es einer Vollmacht von Seiten der letzteren bedarf, noch als fortdauernd zu betrachten. Die abweichende Meinung des Appellations-Richters, der den § 16. der Kabinetsorder dahin deutet, daß nach dem 1. Januar 1848 keine neue Regulirung der Korreal-Verhältnisse mehr begonnen werden solle, widerspricht ebensowohl dem Wortlaute, als auch der oben entwickelten Tendenz des Gesetzes, welches darauf berechnet ist, daß die Regulirung im Jahre 1836 beginne und im Wesentlichen am 1. Januar 1848 beendet sei. Von einer neuen erst nach dem 1. Januar 1848

Digitized by Google

zu beginnenden Regulirung konnte gar nicht die Rede sein, und der § 16. kann daher auch nicht dahin gedeutet werden, daß mit dem 1. Januar 1848 keine neue Regulirung mehr begonnen werden solle. Mögen mit diesem Endtermine auch noch nicht alle mit der Regulirung in Verbindung stehenden Angelegenheiten vollständig abgewickelt sein, worauf selbst der § 16. der Kabinetsorder hindeutet, indem er eine Verlängerung des Moratoriums im Wege der Einigung gestattet, und mag daher unter Umständen auch noch später auf die Bestimmungen der Kabinetsorder zurückgegangen werden müssen, so ist doch kein Grund vorhanden, die exzeptionelle Bestimmung des § 14. noch fortdauern zu lassen.

Der Appellations-Richter hat demnach den § 16. der Kabinetsorder durch falsche Auslegung verletzt, und in Folge dessen den § 14. a. a. O., dessen erfolgter Aufhebung ungeachtet, angewendet. Sein Erkenntniß unterliegt deshalb, da diese Vorschriften materielle Rechtsgrundsätze enthalten, nach § 4. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 der Vernichtung.

In der Hauptsache mußte jedoch die Bestätigung des ersten Erkenntnisses erfolgen. Die Klage ist gerichtet: „wider die Gemeinde P.'er Korrealschulden-Interessenten“ ohne Angabe der Personen, welche bei diesem Schuldnexus interessiren. In der Klage werden mit Bezugnahme auf die Kabinetsorder vom 19. August 1835 die Dorfgerichte als Vertreter der Verklagten bezeichnet, nur diesen ist die Klage insinuirt, und demgemäß auch in erster Instanz erkannt worden: „wider die Korrealschulden-Interessenten der Gemeinde zu P., vertreten durch die Dorfgerichte daselbst.“ Eine solche Vertretung findet aber nach der obigen Ausführung nicht mehr statt, und mit Recht haben daher die Dorfgerichte den Einwand der fehlenden Passiv-Legitimation erhoben.

Digitized by Google

No. 50. — Senat für Strafsachen, Abtheilung I.
Sitzung vom 12. Oktober 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Bromberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Benennung neuer Zeugen im zweiten Audienztermine zweiter Instanz in Injurienprozessen.

Auch in Civilprozessen wegen Beleidigungen und leichter Mißhandlungen entscheidet hinsichtlich der Zulässigkeit der in dem zweiten Audienztermine zweiter Instanz vorgeschlagenen neuen Zeugen der § 35. der Prozeß-Verordnung vom 1. Juni 1833. — Daher findet die Vernehmung der an die Stelle nicht aufzufinden gewesener Zeugen im zweiten Audienztermine vorgeschlagenen neuen Zeugen bei dem Widerspruch des Gegners nicht statt.

Verordnungen No. 1426. vom 1. Juni 1833 §§ 34. 35. 53. (Gesetz-Sammlung S. 37.), vom 21. Juli 1846 § 22. (Gesetz-Sammlung S. 291.) und vom 3. Januar 1849 §§ 126. ff. (Gesetz-Sammlung S. 14.); Gesetze No. 3245. v. 11. März 1850 § 68. (Gesetz-Samml. S. 174.) und 3. Mai 1852 Art. 101-103. (Gesetz-Samml. S. 208.)

Die Schornsteinfegermeister B.'schen Eheleute klagten gegen die verehelichte Schlossermeister G. und Genossen wegen Ehrverletzung, wurden jedoch in erster Instanz abgewiesen. Sie appellirten und benannten in der Appellations-Rechtfertigungsschrift den Gesellen S. als neuen Zeugen, dessen Vernehmung durch das Beweisresolut zwar verfügt wurde, aber nicht bewirkt werden konnte, weil derselbe nicht aufzufinden war. Im zweiten Audienztermine brachten die Kläger an die Stelle des S. andere Zeugen in Vorschlag. Der Appellations-Richter erachtete diese neuen Zeugen für neue Beweismittel im Sinne des § 35. der Prozeß-Verordnung vom 1. Juni 1833, daher deren Verneh-

Digitized by Google

mung bei dem Widerspruche der Verklagten für unzulässig, und bestätigte demnach das erste Urtheil.

Kläger beschuldigten in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde den Appellations-Richter, gegen wesentliche Vorschriften des Verfahrens — Art. 108. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 — verstoßen und namentlich die §§ 6. u. 8. des Gesetzes No. 3245. vom 11. März 1850, die §§ 34. und 42. der Prozeßverordnung vom 1. Juni 1833 und die Art. 101. und 103. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 verletzt zu haben. Selbst wenn die §§ 42. und 34. der Verordnung vom 1. Juni 1833 maaßgebend wären, hätte mit Unrecht der Appellations-Richter auf die im zweiten Audienztermine benannten Zeugen keine Rücksicht genommen. Denn, wenn es zulässig sei, die Aufnahme neuer, erst aus dem aufgenommenen Beweise sich ergebenden, Beweismittel noch im zweiten Audienztermine zu beantragen, so müsse es um so mehr statthaft sein, wenn nach verfügter Beweisaufnahme der Aufenthalt des zu vernehmenden Zeugen nicht zu ermitteln gewesen sei, an dessen Stelle andere Beweismittel in Vorschlag zu bringen, — das Erstere könne im Vergleiche zum Letzteren nur als das majus angesehen werden. Es komme indessen darauf nicht einmal an, da der § 6. des Gesetzes vom 11. März 1850 und die §§ 34. und 42. der Verordnung vom 1. Juni 1833 nicht mehr entscheidend seien, vielmehr nach Art. 103. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 der Art. 101. daselbst zur Norm diene, welcher nicht unterscheide, ob die neuen Beweismittel in dem ersten oder in dem zweiten Audienztermine vorgebracht seien.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen —

in Erwägung:

daß die Prozesse, in welchen Beleidigungen und leichte Mißhandlungen gerügt werden, als Civilprozesse zu behandeln und nach den für dieselben bestehenden Prozeßverordnungen, mithin nach der Verordnung vom 1. Juni 1833 über den Mandats-,

Digitized by Google

summarischen und Bagatell-Prozeß, und der Verordnung über das Verfahren in Civilprozessen vom 21. Juli 1846, zu leiten, insofern durch die §§ 6. u. 8. des Gesetzes vom 11. März 1850 und Art. 101–103. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 dieselben nicht abgeändert worden sind;

daß diese die Verordnungen vom 1. Juni 1833 und vom 21. Juli 1846 abändernden Gesetze die vorliegende Streitfrage: ob in dem zweiten Audienztermine in zweiter Instanz neue Zeugen vorgeschlagen und bei dem Widerspruche des Gegners vernommen werden dürfen, nicht entscheiden, vielmehr nur bestimmen, daß der Appellations-Richter die in der rechtzeitig eingegangenen Rechtfertigungsschrift — § 226. ff. der Verordnung vom 3. Januar 1849 — angegebenen Beweismittel ihrer Erheblichkeit nach zu prüfen und zu erheben hat;

daß dagegen der § 35. der Verordnung vom 1. Juni 1833, welcher nach § 53. daselbst und § 22. der Verordnung vom 21. Juli 1846 auch in zweiter Instanz Anwendung findet, bestimmt, daß der Richter die Aufnahme neuer Beweise, wenn der Gegner widerspricht, nur dann gestatten darf, wenn sich dieselben erst aus dem aufgenommenen Beweise als vorhanden ergeben haben; daß die Imploranten zwar aus diesem Grunde die Zulässigkeit der im zweiten Audienztermine der zweiten Instanz beantragten Beweisaufnahme zu rechtfertigen versucht haben, dieser Fall aber nicht vorliegt, weil der in der Appellations-Rechtfertigungsschrift vorgeschlagene Zeuge nicht aufzufinden gewesen ist, die Imploranten zur Wahrung ihrer Rechte daher die neuen Zeugen schon in der Appellations-Rechtfertigungsschrift hätten benennen müssen;

daß der Appellations-Richter zwar auf den § 35. a. a. O. sich nicht berufen hat, dieser aber mit dem § 34. daselbst in Verbindung steht, weil er eine Ausnahme des letzteren enthält, aus beiden aber sich der auch für die zweite Instanz geltende und der Entscheidung zum Grunde liegende Satz ergiebt, daß

Digitized by Google

mit der Beweisesaufnahme in der Regel und wenn, wie hier, die im § 35. erwähnte Ausnahme nicht eintritt, die Verhandlung in zweiter Instanz geschlossen ist.

No. 51. — I. Senat. Sitzung v. 17. Oktober 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Regulirung der Fahrpläne der Eisenbahngesellschaften durch den Postfiskus.

Wenn das Königliche Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten auf Grund und nach Maaßgabe des § 36. des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 eine Eisenbahngesellschaft anhält, ihren Fahrplan anderweitig zu reguliren, um so ihren Betrieb in die nothwendige Uebereinstimmung mit den Bedürfnissen der Postverwaltung zu bringen, so ist der Staat nicht verpflichtet, den ihr dadurch etwa erwachsenen Schaden noch besonders zu vergüten.

Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 § 36. (Gesetz-Sammlung S. 505.); A. L. R. II. **15.** § 142.

Das Königliche Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten hatte von der Bonn-Kölner Eisenbahn-Gesellschaft die Einrichtung eines Nachtzuges zum Anschluß an den Schnellzug der Köln-Mindener Eisenbahn verlangt und, als jene Gesellschaft diese Einrichtung ablehnte und dem Ministerium das Recht zu dem desfallsigen Verlangen bestritt, im Wege der Exekution die Herstellung jenes Nachtzuges erzwungen. Die Direktion der Bonn-Kölner Eisenbahngesellschaft klagte in Folge

Digitized by Google

dessen gegen den Postfiskus, vertreten durch das Handels-Ministerium, auf Ersatz alles desjenigen Schadens, welcher ihr aus der in Folge verhängter Exekution seit dem 29. Juni 1852 geschehenen Einrichtung des fraglichen Nachtzuges entstanden sei oder entstehen werde. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach diesem Antrage. Das Gericht zweiter Instanz wies die Klägerin ab. Dasselbe hielt diese Entscheidung für gerechtfertigt: weil der § 36. No. 1. des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 den Sinn habe, daß die Staatsgewalt von den Eisenbahngesellschaften die Einrichtung aller derjenigen Bahnzüge verlangen könne, welche ihrem pflichtmäßigen Ermessen nach für die Bedürfnisse der Postverwaltung nothwendig seien, sofern nur die Natur des Eisenbahnbetriebes es gestatte; weil ferner im vorliegenden Falle die Natur des klägerischen Eisenbahnbetriebes die Einrichtung des fraglichen Nachtzuges nach Lage der Akten sehr wohl gestatte, und weil endlich eine Pflicht des Fiskus zur Entschädigung für den Fall, daß die Staatsgewalt dem § 36. No. 1. a. a. O. gemäß die Eisenbahngesellschaften zur Einrichtung von Nachtzügen anhalte, nur durch ausdrückliche Festsetzung im Gesetze hätte begründet werden können, woran es aber fehle.

Auf die von der Klägerin eingelegte Revision hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil bestätigt — aus folgenden

Gründen:

Die Entscheidung der Sache beruht, worüber eigentlich die Parteien selbst, sowie die vorigen Richter, einverstanden sind, vornehmlich auf einer richtigen Deutung des § 36. des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838:

> Die aus dem Postregale entspringenden Vorrechte des Staats, an festgesetzten Tagen und zwischen bestimmten Orten Personen und Sachen zu befördern, gehen, soweit es für den Betrieb der Eisenbahnen nöthig ist, die in jenem Regale enthaltene Ausschließung des Privatgewerbes aufzugeben, auf

Digitized by Google

dieselben über, wobei der Postverwaltung die Berechtigung vorbehalten bleibt, die Eisenbahnen zur Beförderung von postmäßigen Versendungen unter den nachstehenden Bedingungen zu benutzen:

1. die Gesellschaft ist verpflichtet, ihren Betrieb, soweit die Natur desselben es gestattet, in die nothwendige Uebereinstimmung mit den Bedürfnissen der Postverwaltung zu bringen.

Nach dem natürlichen Wortverstande, sowie nach den eingesehenen und vorgelegten Akten betreffend die Vorarbeiten zu dem Eisenbahngesetze vom 3. November 1838, unterliegt es keinem Zweifel, daß durch diese Bestimmung der Postverwaltung allerdings eine dauernde Einwirkung auf die Regulirung der Fahrpläne der einzelnen Eisenbahnen hat eingeräumt werden sollen. Man hat die mögliche Tragweite einer solchen Vorschrift keineswegs verkannt, letztere indessen dennoch für unerläßlich gehalten, wenn der Postdienst pünktlich versehen werden solle; dabei ist namentlich der landespolizeiliche Zweck der Postanstalt, zum allgemeinen Besten zu dienen (§ 142. II. 15. des Allgem. Landrechts), auf das Bestimmteste anerkannt und hervorgehoben. Gerade aus einer derartigen Rücksicht, d. h. im Interesse des öffentlichen Verkehrs und insbesondere zum unmittelbaren Anschluß an den großen Köln-Mindener Schnellzug, sowie zur schnelleren Weiterbeförderung der mit dem letzteren ankommenden Briefe, Reisenden und Güter — nach Koblenz, Frankfurt a. M. — mittelst der rheinaufwärts fahrenden Dampfschiffe, hat der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten die Einlegung des streitigen Nachtzuges verlangt. Hiermit beseitigt sich zugleich das Argument, welches daraus entlehnt ist, daß die Bonn-Kölner Eisenbahn keine Verbindungsbahn sei, südlich bei Bonn endige und eine s. g. Sackbahn bilde.

Ob nun dessenungeachtet zur Einrichtung von Nachtzügen ein Bedürfniß der Postverwaltung vorliegt, wie Verklagter be-

Digitized by Google

hauptet, oder ob dies nicht der Fall ist, wie die Klägerin vermeint, kann niemals der richterlichen Beurtheilung und Entscheidung unterliegen, hängt vielmehr lediglich von dem pflichtmäßigen Ermessen der Verwaltung ab. Ueber die Gesetzmäßigkeit, Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer polizeilichen Verfügung findet in der Regel der Rechtsweg nicht statt; Beschwerden über eine solche gehören vor die vorgesetzte Dienstbehörde, — Gesetz vom 11. Mai 1842 § 1. Der angebliche Charakter der Bonn-Kölner Eisenbahn als einer, lediglich auf die Verbindung der genannten beiden Städte berechneten, Lokalbahn kann hierbei keinen Unterschied machen, da das Gesetz vom 3. November 1838, durch welches statutenmäßig auch die Verhältnisse der Bonn-Kölner Eisenbahn zum Staate bestimmt werden (Gesetz-Sammlung 1841 S. 31. 32.), in diesem Sinne nirgends unterscheidet.

Die Argumentation der Revidentin stützt sich vornehmlich auf diese beiden Sätze: „offenbar liege ein Eingriff in den Rechtskreis der Klägerin vor!“ und „die Entschädigungsverbindlichkeit des Fiskus nach allgemeinen Gründen könne umsoweniger zweifelhaft sein, als der der Klägerin angethane Zwang nicht auf allgemeinen polizeilichen Gründen beruhe, sondern lediglich im Interesse des dem Fiskus zustehenden Postregals erfolgt sei!“ Die Voraussetzung des letzteren Satzes ist schon oben widerlegt und insbesondere gezeigt, daß die getroffene Maaßregel recht eigentlich im landespolizeilichen Interesse erfolgt sei. Es kommt aber noch hinzu, daß die Eisenbahnen für die übernommene Verpflichtung, ihren Betrieb in die nothwendige Uebereinstimmung mit den Bedürfnissen der Postverwaltung zu bringen, bereits dadurch entschädigt sind, daß die aus dem Postregale entspringenden Vorrechte des Staats: an festgesetzten Tagen und zwischen bestimmten Orten Personen und Sachen zu befördern, soweit es für den Betrieb der Eisenbahnen nöthig ist, die in jenem Regale enthaltene Ausschließung des Privatgewerbes aufzugeben, auf dieselben übergegangen sind. Eben

Digitized by Google

weil aber die Postverwaltung keineswegs fiskalische Zwecke zu verfolgen, sondern wesentlich auch zum allgemeinen Besten zu wirken hat, so wurden ihr bei dem theilweisen Aufgeben des Postregals zu Gunsten der Eisenbahngesellschaften in dem Gesetze vom 3. November 1838 zugleich auch diejenigen Berechtigungen vorbehalten, die erforderlich waren, um sie auch fernerhin in den Stand zu setzen, in diesem Sinne das Nöthige anzuordnen. Gerade zu dem Ende sind nun auch die Eisenbahngesellschaften verpflichtet worden, ihren Betrieb, soweit die Natur desselben es gestattet, in die nothwendige Uebereinstimmung mit den Bedürfnissen der Postverwaltung zu bringen. Nur unter dieser Bedingung ist ein Theil des Postregals zu Gunsten der Eisenbahngesellschaft aufgegeben und auf sie übergegangen. Die Klägerin verkennt in ihrer Auffassung des § 36. a. a. O. ebensosehr den wahren Sinn der gesetzlichen Vorschrift, als ihr Verhältniß zum Staate. „Von einem Emanzipiren der Eisenbahnen“ — heißt es in den Motiven zu dem, von dem Staats-Ministerium eingerichteten zunächst zum Gesetze erhobenen Entwurfe II b. ausdrücklich — ist aber bei diesen Vorschlägen nicht im Entferntesten die Rede. Im Gegentheil soll die Unterordnung der Eisenbahnen unter die Postanstalt ganz bestimmt ausgesprochen werden durch die Verpflichtung, den Betrieb nach den Bedürfnissen der Postverwaltung einzurichten.“ Daß aber die Natur des Betriebes der Eisenbahnen, und insbesondere der Bonn-Kölner Eisenbahn, die Ablassung von Nachtzügen, wie das Handels-Ministerium sie verlangt, sehr wohl gestattet, hat die Erfahrung gelehrt, und beweist aufs Evidenteste der Umstand, daß dergleichen seit dem 29. Juni 1852 wirklich bestehen.

Der früher fehlende Zwischensatz: „soweit die Natur des Betriebes es gestatte“, ist nach Ausweis des Protokolls über die Staatsraths-Sitzung vom 13. Juni 1838 erst nachträglich und lediglich zu dem Zwecke eingeschaltet, um die Eisenbahnfahrten, welche nicht, wie gewöhnliches Fuhrwerk, beliebig an

Digitized by Google

jedem Orte, sondern nur an den bestimmten Stationen anhalten können, nicht allzusehr zu hemmen und zu stören. In der That beschwert sich die Klägerin auch vornehmlich nur darüber, daß ihr durch die erzwungenen Nachtzüge sehr erhebliche Mehrausgaben verursacht, und exorbitante Opfer zugemuthet würden.

Die Prüfung dieser Beschwerde führt zugleich auf eine nähere Erwägung der weiteren Behauptung der Revidentin hin: „Offenbar liege ein Eingriff in den Rechtskreis der Klägerin vor." Dem ist indessen nicht so. Der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten hat in seiner gleichzeitigen Eigenschaft als Chef des Post-Departements, — Allerhöchster Erlaß vom 17. April 1848 zu I. 4., Ges.-Samml. S. 109. — auf Grund der im § 36. a. a. O. der Postverwaltung vorbehaltenen Berechtigung die Klägerin angehalten, ihrer gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen. Es ist daher ebensowenig von einem Eingriffe derselben in ihren Rechtskreis, als von einer neuen Bestimmung im Sinne des § 49. des Gesetzes vom 3. November 1838 die Rede. Eben deshalb kann auch der Art. 9. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850:

> Das Eigenthum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufige Entschädigung nach Maaßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden,

den die Revidentin jedenfalls als entscheidend ansehen will, hier nicht maaßgebend sein.

In völliger Uebereinstimmung mit der obigen Ausführung ist denn auch bereits in der am 7. September dieses Jahres abgeurtheilten ganz gleichen Revisions-Sache der Rheinischen Eisenbahngesellschaft wider den Fiskus der Grundsatz angenommen:

> **Wenn das Königliche Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten auf Grund und nach Maaßgabe des § 36. a. a. O. eine Eisenbahn-**

Digitized by Google

Gesellschaft anhält, ihren Fahrplan anderweitig zu reguliren, und so ihren Betrieb in die nothwendige Uebereinstimmung mit den Bedürfnissen der Postverwaltung zu bringen, so ist der Staat nicht verpflichtet, der Gesellschaft den ihr etwa dadurch erwachsenden Schaden noch besonders zu vergüten,

und die Ausführung der Revidentin bietet keine neuen Momente dar, um von jenem Präjudikate abzuweichen.

No. 52. — IV. Senat. Sitzung v. 18. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Strehlen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Breslau.

Klage des Assignatars gegen den dritten Besitzer der Schuld-Urkunde auf Ungültigkeitserklärung der dem letzteren ertheilten Cession.

Der Gläubiger, welchem eine Forderung seines Schuldners im Wege der Exekution mit dem Rechte eines Assignatars überwiesen worden, ist nicht berechtigt, gegen den dritten Besitzer dieser Urkunde auf Ungültigkeitserklärung der demselben ertheilten Cession zu klagen.

Gesetz v. 4. Juli 1822 §§ 1-3. (Gesetz-Sammlung S. 178.); A. L. R. Einl. § 89., I. **15**. § 1., **16**. §§ 151. 283.

Dem Freistellenbesitzer Z. war im Wege der Exekution mittelst gerichtlicher Verfügung vom 6. Juli 1853 eine seinem Schuldner, dem Wilhelm B., angeblich gegen den Stellenbesitzer G. zustehende Darlehnsforderung auf Höhe von 280 Rthlrn. mit den Rechten eines Assignatars überwiesen worden. Das Schuldinstrument befand sich hinter dem Kaufmann N., welchem dasselbe von dem Robert B. cedirt worden war. Z. behauptete,

daß Robert B. zu dieser Cession nicht berechtigt, und dies dem R. bekannt gewesen sei; er beantragte deshalb gegen den letzteren die Ungültigkeits-Erklärung des fraglichen Cessionsvertrages auf Höhe von 280 Rthlrn. — Die beiden Instanzrichter wiesen den Kläger ab, der Appellations-Richter im Wesentlichen deshalb, weil es den Parteien an der Aktiv- und Passiv-Legitimation mangele. Derselbe hielt nämlich die nur gegen den Cessionar R., nicht aber gleichzeitig gegen den Schuldner Wilhelm B., gerichtete Klage für unzulässig, weil

1. Kläger mit dem Cessionar in keiner rechtlichen Beziehung stehe, und die gegen ihn allein gerichtete Klage der rechtlichen Begründung entbehre, indem das Exekutionsrecht des Klägers gegen den Wilhelm B. ihm ein Klagerecht nur gegen den letzteren auf Zurückbringung der cedirten Forderung gegeben hätte, und nur folgeweise bei diesem Prozesse der Verklagte zuzuziehen gewesen wäre;
2. weil die Ungültigkeits-Erklärung eines zweiseitigen Vertrages der Natur der Sache nach erfordere, daß beide Kontrahenten gehört würden, und es ohne Erfolg sein würde, wenn der formell gültige Cessionsvertrag nur in Beziehung auf den R., nicht aber in Beziehung auf den Wilhelm B., für ungültig erklärt würde;
3. weil Kläger durch die mit der Kraft der Assignation ertheilte Ueberweisung der angeblich noch dem Wilhelm B. gehörigen Forderung nach den §§ 251. 283. I. 16. des Allgem. Landrechts ein Klagerecht nur gegen den angewiesenen Schuldner, den Stellenbesitzer G., erlangt habe, der Assignatar aber, wenn die Assignation wegen Mangels eines nothwendigen Dokuments, oder aus anderen Gründen dergestalt mangelhaft sei, daß der Assignat nicht belangt werden könne, wegen Behebung dieser Mängel sich nur an den Assignanten halten, keineswegs aber aus der Assignation ein Klagerecht gegen einen Dritten verfolgen könne.

Digitized by Google

Das Ober-Tribunal hat die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Weder der § 89. der Einleitung, noch der § 1. I. 15., und die §§ 251. 283. I. 16. des Allg. Landrechts, noch endlich die §§ 1–3. des Gesetzes vom 4. Juli 1822, stehen mit den beiden ersten Entscheidungsgründen des Appellations-Urtheils in Beziehung, sind also auch nicht verletzt. Der zweite Entscheidungsgrund ist in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 13. Oktober 1853 (Archiv für Rechtsfälle Bd. 10. S. 213.) ebenfalls als richtig anerkannt. Da somit die beiden ersten Entscheidungsgründe mit Erfolg nicht angegriffen sind, diese aber für sich allein schon die Entscheidung rechtfertigen würden, so kommt es auf den dritten Entscheidungsgrund eigentlich nicht einmal an. Indessen sind in dieser Beziehung die aufgestellten Beschwerden unbegründet.

Ein Verstoß gegen die §§ 1–3. des Gesetzes vom 4. Juli 1822 ist nicht erfindlich; denn dem Kläger ist durch die gerichtliche Verfügung vom 6. Juli 1853 nur die seinem Schuldner Wilhelm B. angeblich gegen den G. zustehende Darlehnsforderung mit dem Rechte eines Assignatars überwiesen worden. Er erlangte also dadurch nach § 3. a. a. O. auf die Forderung des Exequendus an den G. die Rechte eines Assignatars mit der Vollmacht zur Einklagung der angewiesenen Forderung. — Diese Rechte hat aber auch der Appellations-Richter gar nicht in Zweifel gezogen, vielmehr anerkannt; der Kläger hat aber nicht die ihm angewiesene Forderung eingeklagt, sondern einen ganz anderen vermeintlichen Anspruch seines Schuldners geltend gemacht, der allerdings mit der angewiesenen Forderung in Beziehung steht, ihm aber überall nicht überwiesen ist. Diesem Anspruche stehen die §§ 1–3. a. a. O. so wenig, als der § 89. der Einleitung zum Allgem. Landrecht zur Seite, welcher offenbar auf den vorliegenden Fall, wo Kläger eine ganz andere

Digitized by Google

Forderung, als die ihm überwiesene, und gegen einen anderen angeblichen Schuldner, als den Assignaten, ausklagt, nicht paßt.

Hiernach hätte es des Allegats der §§ 251. und 283. I. 16. des Allgem. Landrechts nicht einmal bedurft, keineswegs hat aber der Appellations-Richter gegen diese Gesetze verstoßen.

Wenn der Appellations-Richter schließlich auch die Aktiv-Legitimation des Klägers auf Grund des § 1. I. 15. a. a. O. demselben abgesprochen hat, so bedurfte es dieses Grundes, bei dem Mangel der Passiv-Legitimation des Beklagten, nicht mehr. Indessen ist auch hier der ihm gemachte Vorwurf einer Verletzung des § 1. a. a. O. verfehlt. Denn, wenn man auch den Imploranten zugeben mag, daß, wenn dem Wilhelm B. ein Vindikations-Anspruch gegen den jetzigen Beklagten zugestanden hätte, dieser auch von dem Kläger, abgesehen von den ihm nach Obigem sonst entgegenstehenden Gründen, geltend gemacht, und ihm nicht entgegengesetzt werden könnte, daß er niemals im Besitze der Forderung gewesen sei, weil er eben als Mandatar des Exequendus anzusehen ist, so steht doch der § 1. a. a. O. dem Kläger überhaupt nicht zur Seite, weil er einen Vindikations-Anspruch einer Sache voraussetzt, welche der Gewahrsam des wahren Eigenthümers ohne dessen Willen entnommen ist, nach der eidlichen Aussage des Wilhelm B. aber dieser die Sache — hier die Forderung an den G. zu 280 Rthlrn. — selbst seinem Bruder durch eine, wenn auch nicht formell gültige, Cession übertragen hat.

Digitized by Google

No. 53. — I. Senat. Sitzung v. 19. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis=Gericht in Kreuzburg.
Gericht II. Instanz: Appellations=Gericht in Ratibor.

Doppelfrist der privilegirten Korporationen überhaupt und insbesondere der durch die Kreis=Armenkommission vertretenen Landarmenverbände zur Einlegung von Rechtsmitteln in Prozessen.

a. Zu den privilegirten Korporationen im Sinne des Art. 13. der Deklaration vom 6. April 1839 gehört jede vom Staate ausdrücklich genehmigte oder bestätigte Gesellschaft zu gemeinnützigen Zwecken.

b. Daher steht auch den durch die Kreis=Armenkommission verfassungsmäßig vertretenen Landarmenverbänden die Doppelfrist zur Einlegung von Rechtsmitteln in Prozessen zu.*

Deklaration v. 6. April 1839 Art. 13. (Gesetz=Sammlung S. 126.); A. L. R. II. 6. §§ 22. 25.

Durch das Resolut der Königlichen Regierung zu Oppeln vom 4. Mai 1852 wurde der Landarmenverband des Kreises Kreuzburg intermistisch angewiesen, die Fürsorge für die der öffentlichen Armenpflege anheimgefallene verwittwete Oberamtmann D. in P. daselbst zu übernehmen und dem Ortsarmenverband in P. die bisher aufgewendeten Kosten der Verpflegung der D. zu erstatten. In Folge dessen wurde der gedachte Landarmenverband, vertreten durch die Kreis=Armenkommission, gegen den Ortsarmenverband in P., als zur Verpflegung der D. angeblich Verpflichteten, mit dem Antrage klagbar, ihn, Kläger, zu dieser Verpflegung für nicht verpflichtet zu erklären. — In

* Vergl. die Präjudizien No. 666. (Plenarbeschluß) vom 27. Mai 1839, Präjudizien=Sammlung S. 422. und Entscheidungen Bd. 4. S. 273, und No. 1470. (III. Senat) vom 29. Juli 1844, Präj.=Samml. S. 424.

Digitized by Google

erster Instanz wurde Kläger abgewiesen. Die von demselben rechtzeitig angemeldete und am 109. Tage, also nach Ablauf der einfachen, jedoch innerhalb der Doppelfrist, gerechtfertigte Appellation wurde von dem Appellations-Richter für nicht devolvirt erachtet, weil Kläger, wenn auch als Korporation, doch nicht als eine privilegirte Korporation erscheine und daher auch auf die Doppelfrist nach Art. 13. der Deklaration vom 6. April 1839 keinen Anspruch habe.

Auf die von dem Kläger erhobene Richtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Urtheil bestätigt.

Gründe:

Der Implorant muß nach Art. 13. der Deklaration vom 6. April 1839 zu den privilegirten Korporationen gezählt werden, welchen bei Rechtsmitteln die Doppelfrist zusteht. Das Gesetz hat es berücksichtigt, daß bei Korporationen eine längere Frist erforderlich ist, um über Einlegung der Rechtsmittel zu berathen, und die Begriffe einer vom Staate ausdrücklich genehmigten oder einer privilegirten Gesellschaft, — § 22. II. 6. des Allgem. Landrechts, — müssen insoweit als gleichbedeutend verstanden werden. Ein Verband, welcher zu einem gemeinsamen (gemeinnützigen?) Zweck ausdrücklich bestätigt worden, muß demnach für eine privilegirte Korporation erachtet werden.

Im vorliegenden Falle ist durch die Kreis-Ordnung für das Herzogthum Schlesien vom 2. Juni 1827 die Kreisversammlung organisirt, welche den Landrath in Kommunal-Angelegenheiten unterstützen soll. Zu diesen gehört auch die Armenpflege, und durch das von des Königs Majestät am 23. Februar 1844 bestätigte und gemäß dem Gesetze vom 28. März 1811 durch das Provinzial-Amtsblatt publizirte Regulativ der Ministerien der Finanzen und des Innern vom 27. Januar desselben Jahres

Digitized by Google

ist auch diejenige Kommission geordnet, welche unter Vorsitz des Landraths die Armenpflegekosten nach dem Steuerprinzip veranlagen soll. Dem Kläger, welcher durch diese Kommission vertreten ist, kann also, wie dies auch schon bei städtischen Deputationen und bei Kreissparkassen geschehen ist (Präjudizien No. 666. und 1470.), die Doppelfrist bei Anmeldung der Rechtsmittel in Prozessen nicht versagt werden.

No. 54. — I. Senat. Sitzung v. 22. Oktbr. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Doppelfrist einer minderjährigen Wittwe zur Einlegung der Rechtsmittel.

Eine minderjährige, wenngleich von ihrem Vater vertretene Wittwe, hat, wo es sich um ihre persönlichen Rechte handelt, ein Recht auf die Doppelfrist zur Einlegung von Rechtsmitteln.

Deklaration vom 6. April 1839 Art. 13. (Gesetz-Sammlung S. 126.); A. L. R. II. 2. § 229.

Der Hofvergolder L. klagte auf Trennung der Ehe. Seine Erben setzten den Prozeß fort und erwirkten gegen die Verklagte in beiden Instanzen ein die Verklagte für den allein schuldigen Theil erklärendes Urtheil. Die Verklagte, welche den Prozeß im Beistand ihres Vaters geführt und sich nach Eröffnung des zweiten Urtheils anderweit verheirathet hatte, legte am 105. Tage die Revision ein und behauptete, daß ihr wegen ihrer Minderjährigkeit die Doppelfrist zustehe. — Die Revisen bestritten dies und machten unter Berufung auf das Präjudiz No. 1151. geltend, daß wenn man einmal den nicht unter Vormundschaft, sondern unter väterlicher Gewalt stehenden Mino-

Digitized by Google

rennen die Doppelfrist versage, es unzulässig sei, diese Rechtswohlthat einer verheiratheten, also unter dem Schutze des Vaters wie des Ehemannes stehenden, minorennen Tochter zu gewähren. Es liege nicht in der Absicht des Gesetzgebers, die verheiratheten Töchter günstiger zu stellen, als ihre unverheiratheten Geschwister. Es komme hinzu, daß sich die Revidentin seit längerer Zeit wiederum verheirathet habe, und es werde in der Sache dadurch Nichts geändert, daß es sich um persönliche Rechte der Revidentin handle, da sie auch in dieser Beziehung durch die väterliche Gewalt und das Mundium des zweiten Ehemannes geschützt werde. Mit dieser Auffassung stimme außer mehreren Reskripten auch die Praxis des Ober-Tribunals — Entscheidungen Bd. 15. S. 511. — überein.

Das Ober-Tribunal hat indessen die Revision für **zulässig** erachtet.

Gründe:

Es ist Vorfrage: ob das Rechtsmittel rechtzeitig eingeführt, oder ob die Verklagte dessen verlustig geworden sei? Diese Frage muß aber zu Gunsten der Verklagten entschieden werden. Dieselbe ist noch jetzt minorenn, indem sie nach dem Taufschein am 23. April 1832 geboren ist, und als einer Minderjährigen kommt ihr nach Art. 13. der Deklaration vom 6. April 1839 beim Rechtsmittel im Prozeß die Doppelfrist zu statten. Zwar war sie durch Eingehung der Ehe aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden, gleichwohl aber nach § 229. II. 2. des Allgem. Landrechts ihrem Vater alle Rechte und Pflichten eines Vormundes, und sie demnach (wie Art. 13. sich ausdrückt) eine unter Vormundschaft stehende Person geblieben. Es liegt hier nicht der Fall (Präjudiz No. 1151. Sammlung S. 424.) vor, daß ihr Vater als ihr alleiniger Vertreter im Prozeß für legitimirt erachtet und zugelassen worden ist. Es handelte sich vielmehr um persönliche Rechte der Minorennen. Die Klage ist gegen sie selbst und nur im Beistande ihres Vaters erhoben, die Prozeßvollmacht von ihr selbst und mit ihrem Vater aus-

Digitized by Google

gestellt, und die Urtheile gegen sie selbst oder nur im väterlichen Beistande ergangen. Ihr Vater ist also keineswegs ihr alleiniger Vertreter gewesen und geblieben. Sie ist zwar eine zweite Ehe mit dem Kaufmann S. eingegangen. Dadurch ist aber wesentlich Nichts geändert, indem dieser Umstand erst nach Einführung der Revision* zur Sprache gebracht, in den Vorinstanzen darüber Nichts angezeigt, und selbst jetzt noch nicht der Tag der eingegangenen zweiten Ehe angegeben und bescheinigt ist.

No. 55. — III. Senat. Sitzung v. 22. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Paderborn.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Entschädigungs-Anspruch des Grundeigenthümers wegen der ihm durch die Eisenbahn-Anlage verursachten Wirthschaftserschwernisse.

a. Der Entschädigungs-Anspruch des Grundeigenthümers wegen der ihm durch die Eisenbahn-Anlage verursachten Wirthschaftserschwernisse ist von einer vorgängigen Verpflichtung desselben zur Erwirkung eines Beschlusses der Verwaltungsbehörde über Anlage und Ausführung einer jenem Nachtheil vorbeugenden oder denselben beseitigenden Brücke oder sonstiger in § 14. des Gesetzes vom 3. November 1838 bezeichneten Bau-Anlage nicht abhängig.**

Gesetz vom 3. November 1838 § 14. (Gesetz-Sammlung S. 505.)

* Die Revision war zuerst als verspätet zurückgewiesen. Der Anwalt der Revidentin hatte darauf gegen die betreffende Verfügung remonstrirt und hierbei zugleich die Wiederverheirathung der Revidentin angezeigt. War diese Thatsache von Erheblichkeit, so mußte der Tag der Wiederverheirathung von Amtswegen festgestellt werden; denn die Frage nach der Zulässigkeit eines Rechtsmittels ist öffentlicher Ordnung.

** Vergl. Archiv für Rechtsfälle Band 3. S. 300. und Bd. 8. S. 337., Bd. 14. S. 97.; Präj. No. 2313. (Plenarbeschluß) vom 20. Oktober 1851, Entscheidungen Bd. 21. S. 177.

Digitized by Google

b. Der desfallsige Entschädigungsanspruch des Grundeigenthümers ist auf den Kostenbetrag der Herstellung der vorbezeichneten Brücke oder anderen Bauanlage nicht beschränkt.

A. L. R. I. 6. §§ 79. 81.

Bei Anlage der Westphälischen Eisenbahn mußte bei Altenbecken dem Bette des Beckenbaches theilweise eine andere Richtung gegeben, und ein neuer Weg angelegt werden. In Folge dessen war die Wittwe A. genöthigt, die ihr gehörigen Grundstücke Flur 6. No. 157. und 158. an den Fiskus abzutreten und das auf ersterem befindliche Wohnhaus nebst Stallgebäude abzubrechen. Sie führte jedoch diese Gebäude nicht ihrem früheren Erbieten gemäß auf einer neben dem früheren Hausplatze befindlichen, ihr verbliebenen Gartenparzelle, sondern auf einer andern Stelle auf, und zwar dergestalt, daß das neue Wohnhaus von dem Fahrwege durch den Beckenbach getrennt wurde. Sie behauptete, daß Fiskus sich geweigert habe, eine Fahrbrücke über diesen Bach vor ihrem neuen Hause anzulegen, daß durch den Mangel der Brücke ihr für ihren Wirthschaftsbetrieb eine jährliche Mehrausgabe von 8 Rthlrn. 8 Sgr. erwachse, und verlangte von dem Fiskus deren Kapitalswerth mit 206 Rthlrn. 20 Sgr. — Der Appellations-Richter verurtheilte unter Abänderung des ersten Erkenntnisses den Verklagten nach dem Klage-Antrage.

Das Ober-Tribunal hat die von der Klägerin erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Daß der § 14. des Eisenbahn-Gesetzes vom 3. November 1838 die Eisenbahn-Gesellschaften nicht von der Verpflichtung zum Ersatze eines Schadens befreit, welcher durch Wirthschafts-Erschwernisse in Folge der Eisenbahn-Anlage für den Expropriaten herbeigeführt wird, — daß insbesondere der diesfällige

Digitized by Google

Entschädigungs-Anspruch eines in dieser Weise beschädigten Grundeigenthümers nicht von einer vorgängigen Verpflichtung desselben abhängig ist, eine Beschlußnahme der betreffenden Administrations-Behörde über Anlage und Ausführung der sonstigen im § 14. a. a. O. bezeichneten Bau-Anlagen zu erwirken, durch welchen dem eingetretenen Nachtheile hätte vorgebeugt werden können oder derselbe zu beseitigen wäre, ist bereits mehrfach vom Ober-Tribunal anerkannt und ausgesprochen worden, — Plenarbeschluß vom 20. Oktober 1851 No. 2313. (Entscheidungen Bd. 21. S. 177.) und Präjudiz vom 10. März 1853 (Archiv für Rechtsfälle Bd. 8. S. 337.). Dem Appellations-Richter, der den Entschädigungs-Anspruch der Klägerin an sich für begründet und zur richterlichen Kognition für angethan erachtet, läßt sich daher eine Verletzung des § 14. a. a. O. nicht zum Vorwurfe machen.

Ebenso unbegründet ist aber auch die dem Appellationsrichter zur Last gelegte Verletzung der §§ 79–81. I. 6. des Allgem. Landrechts und das darauf begründete Verlangen der Implorantin: den Entschädigungs-Anspruch der Klägerin auf den Betrag der Anlagekosten einer Fahrbrücke beschränkt zu sehen. Denn die allegirten Gesetze reden einer solchen Beschränkung nicht das Wort. Jedenfalls wäre es Sache der Implorantin gewesen, zu erweisen, daß, — was gegnerischerseits bestritten ist, — die Kosten der Anlage und Unterhaltung einer solchen Brücke weniger betragen, als der jetzt geltend gemachte Entschädigungs-Anspruch. Allerdings hatte sich Klägerin ferner verpflichtet: ihr neues Wohn- und Stallgebäude auf dem in der Nähe des alten Hauses ihr verbleibenden Garten-Areal aufzuführen. Nach der nicht angegriffenen, auf das Resultat der Beweisaufnahme gegründeten thatsächlichen Feststellung des Appellationsrichters steht aber fest: daß Klägerin dieser Verpflichtung auf dem ihr verbliebenen, das frühere Wohnhaus umgebenden Terrain nicht nachkommen konnte, und es ist nicht

Digitized by Google

festgestellt, noch von der Implorantin behauptet, daß ihr hierbei resp. bei der Auswahl der neuen Baustelle, beziehungsweise eine andere, den in Rede stehenden Nachtheilen nicht ausgesetzte, Baustelle zu Gebote gestanden habe oder ihr von der Implorantin anzuweisen gewesen wäre. Dies vorausgesetzt, läßt sich aus dem Einwande der Implorantin kein Grund zur Abweisung der gegnerischen Forderung hernehmen.

No. 56. — IV. Senat. Sitzung v. 23. Oktbr. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Diplomatische Beglaubigung ausländischer Urkunden. Ausübung und Erhaltung des Wechselrechts an einem ausländischen Platze. Beweislast in Betreff der Erfordernisse eines Wechselprotestes nach ausländischen Gesetzen. Wechselkopie.

a. Die diplomatische Beglaubigung ausländischer Urkunden ist an sich nicht wesentlich erforderlich; ob es derselben zur Herstellung der richterlichen Ueberzeugung von der Aechtheit der unter einer ausländischen Urkunde befindlichen amtlichen Unterschrift nebst öffentlichem Siegel bedarf, ist nach der besonderen Beschaffenheit jedes einzelnen Falles zu beurtheilen.

Instruktion vom 22. März 1833 (v. Kamptz, Jahrbücher, Bd. 41. S. 220.); Reskript vom 6. September 1839. (Justiz-Ministerialblatt für 1839 S. 311.)

b. Der § 114. I. 10. der Allgem. Gerichts-Ordnung besteht noch in Kraft und gilt auch im Wechselprozesse.

A. G. O. I. 10. § 114.

c. Der Art. 86. der Deutschen Wechsel-Ordnung ist

Digitized by Google

dergestalt kategorisch, daß er ein Zurückgehen auf die inländischen Wechselgesetze ausschließt.

Derselbe regelt nicht nur die äußere Form, sondern auch die Nothwendigkeit, Zeit und Art der dort bezeichneten Handlungen.*

Allgem. Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 84-86.

d. Der Verklagte, welcher behauptet, daß die fremdländischen Proteste formell oder materiell dem fremden Rechte nicht genügen, hat die Beweislast zu übernehmen.

A. G. O. I. **10**. § 53.

e. Der Inhaber der Wechselkopie ist nicht gleich dem Inhaber des Wechsel-Duplikats verpflichtet, von dem Bezogenen Annahme oder Zahlung auf die Kopie zu erwirken, resp. Protest zu erheben.

Allgem. Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 66. 68. 69. 72.

Von einem unterm 30. März 1855 von Werlé Zilz u. Komp. in Paris in Höhe von 300 Pfund Sterling, drei Monat a dato an eigene Order zahlbaren, auf Gorrissen Hüffel u. Komp. gezogenen, von Werlé Zilz u. Komp. an Alex. Berenhart u. Komp. girirten Wechsel wurde vor dessen Acceptation eine Kopie gefertigt, und auf derselben bemerkt, daß der acceptirte Originalwechsel sich bei B. Brückner u. Komp. zu London befinde, und als Nothadresse Heine Seemon u. Komp. benannt.

Diese Wechselkopie wurde mehrfach girirt; der jetzige Verklagte, Banquier S. in Berlin, erhielt dieselbe von Volkmar u. Bendix übereignet und girirte sie weiter an den Kläger, Kaufmann L. in Berlin, von welchem sie endlich an A. R. Irwine zu London gelangt ist. Der letztere soll zu London zur Er-

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 17. S. 263.

langung des Originalwechsels und der Zahlung der verschriebenen Summe die nöthigen Schritte, indeß erfolglos, gethan haben. Kläger behauptete, deshalb zur Einlösung der Wechselkopie genöthigt gewesen zu sein und nahm seinen Regreß an den Verklagten, indem er von diesem die Zahlung von 300 Pfund Sterling oder 2000 Rthlrn. und ⅓ Prozent Provision verlangte. — Der Verklagte beantragte die Zurückweisung der Klage, indem er die Richtigkeit der Angaben über den Inhalt der vom Kläger eingereichten Proteste bestritt, deren Uebersetzung durch einen gerichtlichen Translator verlangte, und in dem zweiten in erster Instanz anberaumten Audienz-Termine ferner behauptete, daß bereits die vorliegende Wechselkopie am 3. April 1855 nach London gesandt, und dort nicht sofort und somit nicht rechtzeitig Protest erhoben sei, worüber er sich noch auf ein in Englischer Sprache eingereichtes Attest des Notars John Newton berief.

Der erste Richter verurtheilte den Verklagten nach dem Klageantrage. Er bemerkte, daß diese Verurtheilung schon aus dem Grunde gerechtfertigt sei, weil Verklagter in der Klagebeantwortung keine Einwendungen vorgebracht, vielmehr nur monirt habe, daß ihm nicht eine Abschrift der eingereichten Protest-Urkunden zugefertigt sei. Wolle man aber auch diese späteren Einwendungen für statthaft erachten, so könne auch dadurch kein für den Verklagten günstiges Resultat herbeigeführt werden, da das eingereichte Gutachten nur in Englischer Sprache vorliege, dasselbe auch nur die Ansichten des Notars enthalte, ohne diese durch Anführung bestimmter Gesetze zu begründen.

Der zweite Richter wies den Kläger ab. Seine Gründe sind folgende: Zur Begründung der Regreßklage im vorliegenden Falle habe der Kläger den Nachweis führen müssen, daß alle gesetzlich nothwendigen Schritte zur Erlangung des Originalwechsels und zur Zahlung der Wechselsumme in London geschehen seien. Er habe, daß dies der Fall gewesen, zunächst

Digitized by Google

nach Englischem Rechte und jedenfalls, wenn er dies nicht sofort vermocht habe, nach Preußischem Rechte zu erweisen gehabt. Der Kläger berufe sich zwar hier auf die unterm 9. und 11. Juni, 3. und 4. Juli 1855 aufgenommenen Proteste. Diese Proteste seien aber in der vorliegenden Art nicht geeignet, die Behauptungen des Klägers darzuthun. Zunächst werde nämlich, wie der Verklagte schließlich mit Recht erinnert habe, bei den Protesten das Attest der Preußischen Gesandtschaft oder des Preußischen General-Konsuls zu London vermißt, daß die Unterschrift unter denselben von dem Notar Will Duff herrühre, daß diese gerichtlich und außergerichtlich öffentlichen Glauben habe, und daß das beigedruckte Siegel dessen Amtssiegel sei. Alsdann liege auch keine gehörig beglaubte Abschrift diesen Protesten bei. Der Kläger habe zwar beglaubte Abschriften davon beigebracht, welche von dem K., Translator bei der Königlichen Admiralität in Berlin, gefertigt seien; der K. sei bisher aber als gerichtlicher Translator ein für allemal noch nicht vereidet gewesen, habe auch nicht ein Amtssiegel, sondern nur ein Privatsiegel seiner Unterschrift beigefügt, es sei auch nicht die wortgetreue Uebereinstimmung der Uebersetzung mit dem Originale, sondern nur die sinngetreue bezeugt. Könnten aber die Proteste auch als der äußeren Form nach genügend angesehen werden, so fehle dennoch jeder Beweis darüber, daß diese den Englischen Gesetzen gemäß aufgenommen seien und alle Erfordernisse eines gehörigen Protestes enthielten. Durch ein gehörig legalisirtes Gutachten zweier angesehener Englischer Rechtsgelehrten habe hier der Kläger diesen Nachweis führen müssen, wie dies in dem Reskripte vom 8. Dezember 1819 (v. Kamptz, Jahrbücher Band 14. Seite 171.) näher erörtert sei. Da ein solches Gutachten fehle, so sei die Gültigkeit der Proteste nur nach Preußischem Rechte zu beurtheilen. Der Artikel 72. der Deutschen Wechsel-Ordnung schreibe hier vor, daß, wenn der Originalwechsel vom Verwahrer nicht ausgeliefert werde, der Inhaber einer Wechselkopie nur nach Auf-

Digitized by Google

nahme des im Artikel 69. No. 1. erwähnten Protestes Regreß auf Sicherstellung, und nach Eintritt des in der Kopie angegebenen Verfalltags Regreß auf Zahlung gegen diejenigen Indossanten zu nehmen berechtigt sei, deren Original-Indossamente auf der Kopie befindlich seien. Der Art. 69. bestimme aber, daß der Inhaber eines Duplikats, auf welchem angegeben sei, bei wem das zum Accepte versandte Exemplar sich befinde, Mangels Annahme desselben den Regreß auf Sicherstellung und Mangels Zahlung den Regreß auf Zahlung nicht eher nehmen könne, als bis er durch Protest habe feststellen lassen:

1. daß das zum Accepte versandte Exemplar ihm vom Verwahrer nicht verabfolgt worden sei, und
2. daß auch auf das Duplikat die Annahme oder die Zahlung nicht zu erhalten gewesen sei.

Im vorliegenden Falle enthielten aber die Proteste in der vorliegenden Uebersetzung Nichts davon, daß der Inhaber der Wechselkopie in London einen Versuch gemacht habe, auf die Wechselkopie, welche dem Duplikate eines Wechsels im vorliegenden Falle gleich zu achten sei, die Annahme oder Zahlung zu erhalten. Auch seien nach Preußischem Rechte die am 3. und 4. Dezember 1855 aufgenommenen Proteste, als zu spät erhoben, ungültig.

Auf eingelegte Revision hat das Ober-Tribunal unter Abänderung des zweiten Urtheils das erste Urtheil wiederhergestellt.

Gründe:

Der im gegenwärtigen Verfahren verfolgte Wechselregreß-Anspruch beruhet auf einer von dem Verklagten an den Kläger urschriftlich indossirten, auf diesen im Regreßwege zurückgegangenen, mit der Nothadresse Heine Seemon u. Komp., sowie mit den Vermerken, bis wieweit die Abschrift reicht, und daß sich das acceptirte Original bei B. Brückner u. Komp., 4. New-Londonstreet, befindet, versehenen Kopie eines von Werlé Zilz u. Komp. auf Gorrissen Hüffel u. Komp. zu London gezogenen

Digitized by Google

Primawechsels d. d. Paris, den 30. März 1855, über 300 Pfund Sterling, drei Monate a dato — am 30. Juni — an eigene Order zahlbar. Inhalts der auf den Antrag des letzten Inhabers der Kopie, A. R. Irvine, durch den Notar W. Duff aufgenommenen, in Englischer Sprache und Deutscher Uebersetzung vorliegenden Proteste d. d. London, den 9. und 11. Juni 1855, ist nach den auf den respektiven Komptoirs der auf der Kopie benannten Verwahrer des Originals, der Bezogenen und der Nothadresse von Kommis (clerk) ertheilten Antworten das acceptirte Original bei B. Brückner u. Komp. nicht eingelaufen, der Originalwechsel auch von den Bezogenen überhaupt nicht acceptirt, und von der Nothadresse die Annahme der Kopie verweigert worden. Inhalts des ferneren Protestes d. d. London, den 3. Juli 1855, ist der wiederholte Versuch, das acceptirte Original bei B. Brückner u. Komp. zu erlangen, vergeblich gewesen, auch in dem Komptoir der Bezogenen von einem Kommis erklärt worden, daß seinen Prinzipalen von dem Originalwechsel Nichts bekannt sei, und daß sie denselben nicht bezahlen würden; es ist endlich Inhalts des Protestes d. d. London, den 4. Juli 1855, von der Nothadresse die Intervention abgelehnt worden.

Der Appellations-Richter hat diese Proteste weder ihrer äußeren Form nach für genügend, noch auch ihrem Inhalte und der Aufnahmezeit nach für gültig erachtet und ist lediglich deshalb zur Abweisung des erhobenen Wechselregreß-Anspruches gelangt. Hierin kann ihm nicht beigepflichtet werden.

Was zunächst die bezüglich der äußeren Form gemachten Ausstellungen betrifft: so sind die englischen Orginalproteste allerdings mit einer diplomatischen Beglaubigung, daß die unter denselben befindlichen Unterschriften von dem Notar Duff herrühren, daß sie gerichtlich und außergerichtlich öffentlichen Glauben haben, uud daß das beigedrückte Siegel das Amtssiegel des Notars ist, nicht versehen; es ist dies jedoch weder für einen die Gültigkeit, noch selbst für einen die Glaubwürdigkeit

Digitized by Google

und Beweiskraft der vorliegenden Protest-Urkunden beeinträchtigenden Mangel zu erachten. Die **diplomatische Beglaubigung an sich ist nicht essentiell; ob sie zur Herstellung der richterlichen Ueberzeugung von der Aechtheit der unter einer ausländischen Urkunde befindlichen, amtlichen Unterschrift nebst öffentlichem Siegel erforderlich ist, darüber muß die Individualität jedes einzelnen Falles entscheiden.** Wo in Folge der Vermuthung, welche im Allgemeinen für die Aechtheit eines öffentlichen Siegels und jeder amtlichen Unterschrift streitet, die Ueberzeugung von der Aechtheit einer Urkunde schon ohne ein besonderes Beglaubigungsverfahren dem Richter auf Grund der obwaltenden Umstände beiwohnt, und keine besondere Veranlassung zu einem Verdacht in dieser Beziehung vorhanden ist: da erscheint ein anderweites Beglaubigungsverfahren nicht erforderlich.

Auf dieser Grundlage beruhet die von den Ministerien der Justiz und der auswärtigen Angelegenheiten erlassene Instruktion vom 22. März 1833 (v. **Kamptz**, Jahrbücher Bd. 41. S. 220.); ihr entsprechend hat das Ministerium der Justiz in dem Reskripte vom 6. September 1839 (Justiz-Ministerial-Blatt 1839 S. 311.) verfahren. Betrachtet man von ihr aus die vorliegenden Originalproteste: so stellen sich dieselben auch ohne diplomatische Beglaubigung als ächt und glaubwürdig dar. (Dies wird näher ausgeführt, worauf es in den Gründen weiter heißt:)

Ebensowenig Gewicht ist derjenigen Ausstellung beizulegen, welche der Appellations-Richter bezüglich der Beglaubigung der Deutschen Uebersetzung der Originalproteste gemacht hat. War er der Sprache der Originalien nicht kundig, fand er, daß der Translator der hiesigen Königlichen Admiralität, K., gerichtlich ein für alle Mal noch nicht vereidet war, daß derselbe seiner Unterschrift kein Amtssiegel, sondern nur ein Privatsiegel beigefügt und nicht die wort-, sondern nur die sinngetreue Ueber-

Digitized by Google

einstimmung der Uebersetzung mit dem Originale bezeugt hatte: so konnte dies keinen Grund abgeben, den erhobenen Regreß-Anspruch abzuweisen; vielmehr gehörte es nach § 114. I. 10. der Allgem. Gerichts-Ordnung, — einer Vorschrift, welche noch in Kraft besteht, und auch im Wechselprozesse nicht ausgeschlossen ist, — zu den Obliegenheiten des Richters, von Amtswegen dafür zu sorgen, daß eine richtige Uebersetzung durch einen entweder zu solchem Geschäfte ein für alle Mal in Pflicht genommenen, oder besonders zu vereidenden Dolmetscher gemacht werde.

Was sodann die bezüglich der Gültigkeit der vorliegenden Protest-Urkunden gemachten Ausstellungen anlangt: so ist davon auszugehen, daß über die Form der mit einem Wechsel an einem ausländischen Platze zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechts vorzunehmenden Handlungen nach Art. 86. der Wechsel-Ordnung das dort geltende Recht entscheidet. Es ist dies ein auch von dem Appellations-Richter anerkannter Ausfluß des rechtlichen Axioms: locus regit actum; unter ihm steht nicht blos die äußere Form, sondern auch die Nothwendigkeit, Zeit und Art der Vornahme der bezeichneten Handlungen. Die Vorschrift des Art. 86. ist dergestalt kategorisch, daß sie ein eventuelles Zurückgehen auf die inländischen Wechselgesetze und eine Prüfung jener im Auslande allein vorzunehmenden und vorgenommenen Handlungen nach den Gesetzen des Inlandes als unzulässig erscheinen läßt; gerade darin unterscheidet sich die Bestimmung des Art. 86. von denen der Art. 84. 85. der Wechsel-Ordnung.

Ist ein Geschäft nach fremden Landesgesetzen, welche der Richter zu kennen nicht schuldig ist, zu beurtheilen, und kommt es darauf an, was diese Gesetze für den vorgelegten Fall eigentlich verordnen, so ordnet der § 53. I. 10. der Allg. Gerichts-Ordnung an, daß darüber, sowie über eine andere Thatsache, Beweis aufgenommen werden muß. So liegt hier die Sache;

Digitized by Google

beide Theile streiten indeß darüber, wem von ihnen die Last des Beweises der Frage obliegt, ob die vorliegenden Proteste dem Gesetze Englands entsprechen oder nicht. In dieser Beziehung erscheint es aber nicht zweifelhaft, und ist es auch in der bisherigen Rechtsprechung des Ober-Tribunals angenommen, daß dem Kläger als Produzenten der, sich äußerlich als von einem Notar in amtlicher Qualität aufgenommen darstellenden, Proteste nicht zugemuthet werden kann, das Nichtdasein abweichender Satzungen des Englischen Wechselrechts in dieser Beziehung zu beweisen; es ist vielmehr Sache des Verklagten, das Dasein solcher Abweichungen in den vorgelegten Protesten zu spezialisiren und die Last des Beweises des fremdländischen Gesetzes oder Rechts in dieser Hinsicht zu übernehmen.

Hiernach kann dem Appellations-Richter darin nicht beigepflichtet werden, daß er dem Kläger die Last des Beweises aufbürdet, und, weil derselbe diesen Beweis nicht angetreten, dahin gelangt ist, die Gültigkeit der vorliegenden Londoner Proteste nach der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung zu prüfen und zu beurtheilen. Die Grundlage des Haupt-Entscheidungsgrundes des Appellations-Richters stellt sich demnach als haltbar nicht dar.

Geht man aber auch mit dem Appellations-Richter auf eine Beurtheilung der vorliegenden Proteste nach den Vorschriften der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung ein: so erscheint die von ihm auf Art. 72. und 69. daselbst gegründete und dahin gehende Ausstellung, daß in den Protesten die seiner Ansicht nach wesentliche Feststellung, daß der Inhaber der Wechselkopie in London einen Versuch gemacht habe, auf die Wechselkopie die Annahme oder Zahlung durch den Bezogenen zu erhalten, nicht enthalten sei, nicht gerechtfertigt. Jene Ausstellung beruhet auf einer Identifizirung der Wechselkopie mit dem Wechsel-Duplikat. Diese Identität ist aber wenigstens in einer Beziehung nicht vorhanden. Wechsel-Duplikate werden nur von

Digitized by Google

dem Aussteller gegeben, sie tragen seine Original-Unterschrift; Wechselkopieen ist jeder Inhaber zu fertigen befugt, sie tragen regelmäßig nicht die Original-Unterschrift des Ausstellers, sondern eben nur, wie im vorliegenden Falle, eine Abschrift seines Namens. Diese Verschiedenheit ist in ihren Konsequenzen erheblich. Da der Bezogene verlangen kann und muß, daß ihm die Original-Unterschrift des Ausstellers unter dem Wechsel vorgelegt wird, bevor er den Wechsel annimmt oder bezahlt: so stellt sich zwar das die Original-Unterschrift des Ausstellers tragende Wechsel-Duplikat, nicht aber die nur die Abschrift seines Namens tragende Wechselkopie als zum Accept und zur Zahlung geeignet dar; — Motive zum Preußischen Entwurf einer Wechsel-Ordnung zu §§ 66–68. Ist dem aber so, so kann auch der Inhaber der Wechselkopie nicht genöthigt werden, den von vorn herein fruchtlosen Versuch zu machen, von dem Bezogenen Annahme oder Zahlung auf diese Kopie zu erwirken und die Nicht-Annahme oder Nicht-Zahlung derselben durch einen Protest zu konstatiren. In dem Falle des Art. 72. ist daher keine strikte Anwendung des Art. 69. zu machen; es ist vielmehr von diesem Art. 69. nur mit der sich aus der Natur des wechselrechtlichen Verhältnisses ergebenden Verschiedenheit Anwendung zu machen, daß es im Fall der Wechselkopie zur Begründung des Regresses aus einem Original-Indossamente eines Protestes gegen den Bezogenen Mangels Annahme oder Zahlung der Kopie nicht bedarf.

Ist hiernach die Ausführung des Appellations-Richters und die darauf gegründete Entscheidung für gerechtfertigt nicht zu erachten: so ist (was weiter ausgeführt wird) das erste Urtheil wiederherzustellen.

Digitized by Google

No. 57. – Senat für Strafsachen, Abtheilung I.
Sitzung vom 24. Oktober 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreisgerichts-Kommission in Schievelbein.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Köslin.

Anbringung des Sühneversuchs wegen leichter Mißhandlungen bei dem inkompetenten Schiedsmann. – Verträge über die Verjährung in Strafsachen.

a. Die Anbringung des Sühneversuchs wegen leichter Mißhandlungen bei einem inkompetenten Schiedsmanne unterbricht den Lauf der Verjährung der Privatklage nicht.

b. Die §§ 564. ff. I. 9. des Allgem. Landrechts hinsichtlich der Verträge über die Verjährung finden auf die Verjährung in Strafsachen auch dann keine Anwendung, wenn es sich um die strafrechtliche Verfolgung in den Formen des Civilprozesses handelt.

Strafgesetzbuch §§ 50. 187.; A. L. R. I. 9. §§ 564. ff.

Der Scheerenschleifer N. stellte wegen der ihm von dem Zimmerpolirer August L. und dem Zimmergesellen Albert L. am 17. Mai 1854 zugefügten leichten Mißhandlungen nach Ablauf von drei Monaten die Privatklage auf deren Bestrafung an. — Der Richter erster Instanz wies den Kläger auf den Grund der Verjährung ab. Der Richter zweiter Instanz erachtete den Einwand der Verjährung durch die von den Partein unter dem 20. August 1854 vor einem Schiedsmanne geschlossene Verabredung für beseitigt, hob demgemäß das erste Urtheil als nichtig auf und verordnete anderweitige Verhandlung und Entscheidung in erster Instanz.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Verklagten das Appellations-Urtheil vernichtet und die Sache

Digitized by Google

zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen —

in Erwägung:

daß die Rüge der dem Kläger angeblich zugefügten leichten Mißhandlung nach § 50. des Strafgesetzbuches binnen drei Monaten* seit der Zeit, wo der Kläger von dem gegen ihn begangenen Vergehen und von der Person der Thäter Kenntniß erhalten hatte, erfolgen mußte; daß ferner, wie der Appellations-Richter richtig annimmt, die Anbringung des Gesuches um Sühne vor einem inkompetenten Schiedsmanne diese Verjährung nicht unterbrochen hat, zumal es hier nach Art. 18. des Einführungs-Gesetzes vom 14. April 1851 eines schiedsmännischen Sühneversuches überhaupt nicht bedurfte;

in Erwägung, daß die Verjährung in Strafsachen zugleich im Interesse der öffentlichen Ordnung eingeführt ist, und daher in Betreff der vom Gesetze vorgeschriebenen Fristen oder Wirkungen einer abweichenden vertragsmäßigen Bestimmung der Parteien nicht unterliegt; daß daher die vom Appellations-Richter in Bezug genommenen §§ 564. ff. I. 9. des Allgem. Landrechts hier, wo es sich um die strafrechtliche Verfolgung des im § 187. des Strafgesetzbuches mit Strafe bedrohten Vergehens, wenn auch in den Formen des Civilprozesses, handelt, keine Anwendung finden, und damit die Wirkung, welche der Appellations-Richter dem angeblich nach Ablauf der Verjährung am 20. August 1854 unter den Parteien abgeschlossenen Vertrage in Beziehung auf diesen Ablauf beilegt, nicht stattfindet;

in Erwägung, daß nach der Feststellung des ersten Richters dem Kläger sowohl die Beleidigung, als die Person der Beleidiger bereits am 17. Mai 1854 bekannt gewesen, der Kläger hingegen in der Appellation den Beweis angetreten hat, daß ihm in der That erst lange nach diesem Zeitpunkte durch Erkundigung die Person der Beleidiger bekannt geworden sei;

* Vergl. dagegen Archiv für Rechtsfälle Bd. 16. S. 99.

Digitized by Google

daß, wie zwar der Appellations-Richter mit Recht annimmt, den Verklagten der Einwand und der Beweis der Verjährung obliegt, jene ausdrückliche Feststellung des ersten Richters aber sie dieser Beweislast überhob, im Uebrigen aber von ihnen in der Appellations-Beantwortung der Gegenbeweis angetreten worden ist, daß der Kläger die Person seiner Beleidiger bereits länger als drei Monate vor der Anstellung der Klage, nämlich bereits am 20. Juli 1854, gekannt habe, in dieser Beziehung aber die Annahme des Appellations-Richters, daß die Behauptung sich auf Namen und Wohnort der Beleidiger erstrecken müsse, unbegründet ist, indem der Beweisantritt „Kläger habe seine Beleidiger gekannt“ vollkommen genügt;

in Erwägung, daß hiernach das Appellations-Urtheil wegen unrichtiger Anwendung der §§ 564. ff. I. 9. des Allgem. Landrechts und wegen Nichterledigung des beiderseits in zweiter Instanz angetretenen Beweises zu vernichten ist.

No. 58. — IV. Senat. Sitzung v. 25. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Inowraclaw.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Bromberg.

Rechtsweg hinsichtlich der Civilstreitigkeiten zwischen selbstständigen Gewerbtreibenden und deren Gesellen, Gehülfen und Lehrlingen.

Die Vorschrift des § 137. der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845, — betreffend die Unzulässigkeit des Rechtswegs hinsichtlich der Streitigkeiten der selbstständigen Gewerbtreibenden mit ihren Gesellen, Gehülfen und Lehrlingen, — findet nur da Anwendung, wo die Förderung des Gewerbes selbst von einer möglichst sachgemäßen und raschen Beilegung der Streitigkeiten abhängt. —

Digitized by Google

Daher ist der Rechtsweg hinsichtlich des Civil-Entschädigungs-Anspruchs gestattet, wenn der Lehrvertrag durch Entfernung des Lehrlings aus der Lehre aufgehoben worden, und kein Theil die Erneuerung oder Fortsetzung des Vertrages verlangt.

Gewerbeordnung v. 17. Januar 1845 § 137. (Ges.-Samml. S. 41.)

Jakob F. stand im Lehrverhältnisse bei dem Schneidermeister L. Nach der Angabe des letzteren sollte die mit den Eltern des ersteren, den Gastwirth F.'schen Eheleuten, verabredete Lehrzeit die Dauer von zwei Jahren umfassen. Der Jakob F. verließ aber ohne Widerspruch seiner Eltern nach fünfzehn Monaten die Lehre und begab sich nach Amerika, so daß das Lehrverhältniß vollständig aufgelöst wurde. Aus demselben machte hierauf L. unter der Behauptung, daß ein Lehrling in den ersten fünfzehn Monaten dem Meister nicht das Essen verdiene, gegen die F.'schen Eheleute eine Entschädigungsforderung für Beköstigung, Reinigung und Schlafstelle von monatlich 4 Rthlrn., im Ganzen also von 60 Rthlrn., geltend. — Das Gericht erster Instanz erkannte ohne Beweisaufnahme auf Abweisung des Klägers, indem es, ohne sich materiell auf die Sache einzulassen, annahm, daß über den vorliegenden Streitgegenstand der Entscheidung im Rechtswege eine Entscheidung der im § 137. der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 angeführten Behörde vorangehen müsse. Der Appellations-Richter hob das erste Urtheil auf und wies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurück.

Das Ober-Tribunal hat die von den Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. —

in Erwägung:

daß die Vorschrift im § 137. der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845, — nach welchem „Streitigkeiten der selbst-

ständigen Gewerbetreibenden mit ihren Gesellen, Gehülfen und Lehrlingen, die sich auf den Antritt, die Fortsetzung oder Aufhebung des Arbeits- oder Lehrverhältnisses, oder auf die gegenseitigen Leistungen während der Dauer desselben, beziehen", dem Rechtswege entzogen, und „zur Schlichtung durch die, für diese Angelegenheiten bestehenden besonderen Behörden, oder in deren Ermangelung durch die Innungsvorsteher 2c. verwiesen sind", — wie ihr Wortlaut und der, der Gewerbeordnung selbst zum Grunde liegende Zweck des Gesetzes ergiebt, nur da Anwendung finden kann, wo die Förderung des Gewerbes selbst von einer möglichst sachgemäßen und raschen Beilegung der Streitigkeiten abhängt, dies aber im vorliegenden Falle nicht anzunehmen ist, wo der Lehrkontrakt des Sohnes der Verklagten mit dem Kläger durch die Entfernung des ersteren aus der Lehre aufgehoben ist, und kein Theil die Erneuerung oder Fortsetzung desselben verlangt, Kläger vielmehr nur Schadensersatz für die dem Sohne der Verklagten gewährte Verpflegung beansprucht, weil ihm die dafür kontraktlich zugesagten Gegenleistungen nicht gewährt worden sind; dieser rein civilrechtliche Anspruch aber nicht in das Gebiet der Streitigkeiten fällt, auf die sich der angezogene Paragraph der Gewerbe-Ordnung bezieht, wenn auch die Frage, wer von beiden Theilen die Aufhebung des Lehrvertrags verschuldet habe, bei der Beurtheilung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten aus der Aufhebung von Erheblichkeit sein kann; — hiernach aber der Appellations-Richter durch Zulassung des ordentlichen Rechtsweges im vorliegenden Falle den § 137. der Gewerbe-Ordnung nicht verletzt hat.

Digitized by Google

No. 59. — III. Senat. Sitzung v. 26. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Zielenzig.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Frankfurt.

Zulässigkeit der eventuellen Eidesdelation als Beweismittel.

Ist die eventuelle Eidesdelation ein zulässiges Beweismittel, und läßt sich die Annahme eines Gerichts, daß sie ein unzulässiges Beweismittel sei, mit der Nichtigkeitsbeschwerde beseitigen?*

A. G. O. I. **10**. § 252.; Corpus juris Fridericianum IV. 6. § 109.; Deklaration v. 6. April 1839 Art. 3. No. 5. (Ges.-Samml. S. 126.)

Der Kossäth H. wurde von den Erben der verwittweten Arbeitsmann K. wegen einer Hypothekenforderung von 75 Rthlrn. in Anspruch genommen. Er machte den Einwand der Zahlung, schlug darüber Zeugen vor und deferirte event. den Eid. Auf Grund der Zeugenaussagen erkannte der erste Richter auf einen Erfüllungseid für den Verklagten. Die Kläger appellirten und das Appellations-Gericht verurtheilte den Verklagten nach dem Klageantrage, indem es annahm, daß der Zeugenbeweis Nichts für denselben erbracht habe, die eventuelle Eidesdelation aber, wie sich aus § 252. I. 10. der Allg. Gerichts-Ordnung ergebe, ein unzulässiges Beweismittel sei.

In seiner Nichtigkeitsbeschwerde führte H. aus: Aus den Motiven des Plenarbeschlusses vom 11. April 1845 und des Präjudizes No. 2079. (Entscheidungen Bd. 10. S. 328. und Bd. 17. S. 506.) ergebe sich, daß über die Zulässigkeit der eventuellen Eidesdelation bei dem höchsten Gerichtshofe kein Zweifel obwalte, die Motivirung des Appellations-Erkenntnisses werde

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 11. S. 114. und den Rechtsfall No. 62. dieses Bandes; Präjudizien No. 1563 (Plenarbeschluß) vom 11. April 1845 und No. 2079. (IV. Senat) vom 14. August 1848, Präj.-Samml. S. 237. und 238.; Entscheidungen Bd. 10. Seite 328., Bd. 17. S. 506.

Digitized by Google

daher als unrichtig anerkannt werden müssen. Der Satz des Appellations-Richters sei zwar prozessualischer Natur, er spiele aber auch in das materielle Recht hinüber und verstoße gegen Grundsätze desselben. Der Appellations-Richter habe nämlich nicht angenommen, daß der § 252. a. a. O. die eventuelle Eidesdelation ausdrücklich verbiete, und er verstoße deshalb gegen den § 87. der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, wenn er dieselbe demungeachtet für unzulässig erklärt habe. Es treffe ihn ferner der Vorwurf einer Verletzung der §§ 89. 91. a. a. O., weil er die prinzipale Eidesdelation für zulässig halte, und die eventuelle Eidesdelation das minus hiervon sei. Das corpus juris Fridericianum habe Thl. IV. Tit. 6. § 109. die eventuelle Eidesdelation verboten, dies Verbot sei in die Allgem. Gerichts-Ordnung nicht übergegangen, und wenn auch das Publikations-Patent vom 6. Juli 1793 das corpus juris Fridericianum nicht ausdrücklich aufgehoben habe, so erkläre es doch, daß die nöthig befundenen Abänderungen der bisherigen Prozeßgesetzgebung in der Allgem. Gerichts-Ordnung getroffen seien. Dadurch seien unzweifelhaft die in der Allgem. Gerichts-Ordnung nicht aufgenommenen älteren Prozeßgesetze aufgehoben, und der Appellations-Richter verstoße daher rechtsgrundsätzlich gegen das zitirte Publikations-Patent. Eventuell verstoße der Appellations-Richter gegen die wesentliche Prozeßvorschrift Art. 3. No. 5. der Deklaration vom 6. April 1839. Derselbe nehme zwar das Ungenügende der eventuellen Eidesdelation deshalb an, weil er dieselbe für unzulässig ansehe, habe mithin einen Grund für seine Annahme angegeben; aus No. 19. der Instruktion vom 7. April 1839 sei indeß ersichtlich, daß die Gründe, welche den Angriff aus Art. 3. No. 5. auszuschließen geeignet sein sollen, aus der Beurtheilung der faktischen Verhältnisse entnommen sein müßten.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen — aus folgenden

Digitized by Google

Gründen:

Der Entscheidungsgrund des Appellations-Richters, daß eine eventuelle Eideszuschiebung unstatthaft sei, wird zwar von den Imploraten selbst als ein unrichtiger anerkannt, die dagegen erhobenen Angriffe sind aber nicht zutreffend und können nicht zur Vernichtung des vorigen Urtheils führen.

Der Art. 3. No. 5. der Deklaration vom 6. April 1839 setzt voraus, daß der Appellations-Richter eines der in der Allg. Gerichts-Ordnung I. 13. § 10. No. 1–9. bezeichneten Beweismittel zur Begründung eines vollständigen Beweises nicht für genügend angenommen und keinen Grund für seine Ansicht angeführt hat.

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die Beweiskraft einer Eidesleistung für die beschworne Thatsache stellt der Appellations-Richter nicht in Zweifel. Seine Meinung ist vielmehr, daß nach den bestehenden Prozeßgesetzen die Eidesdelation nicht mit anderen Beweismitteln kumulirt werden dürfe. Er behauptet daher den Mangel eines zuläßigen Beweismittels, während der Art. 3. No. 5. a. a. O. sich auf eine unrichtige Beurtheilung der Wirkung des Beweises und auf die Frage bezieht:

ob durch das Beweismittel der beabsichtigte Beweis wirklich geführt sei?

Gegen die Grundsätze des Publikations-Patents zur Allgem. Gerichts-Ordnung vom 6. Juli 1793 hat der Appellations-Richter nicht gefehlt. Im corpus juris Fridericianum Thl. IV. Tit. 6. §§ 108–110. war ein Verbot der eventuellen Eidesdelation enthalten, welches in die Allgem. Gerichts-Ordnung nicht mit aufgenommen ist. Der Appellations-Richter hat aber weder angenommen, daß das corpus juris Fridericianum noch in gültiger Kraft bestehe, noch seine Entscheidung auf die gedachte Bestimmung desselben gegründet. Er folgert die Unzuläßigkeit des Eides als eines subsidiären Beweismittels aus einer von ihm angezogenen Stelle der Allgemeinen Gerichts-Ordnung.

Digitized by Google

Die als verletzt bezeichneten Rechtsgrundsätze der §§ 87. 89. 91. der Einleitung zum Allgem. Landrecht passen auf den vorliegenden Fall nicht. Der § 87. erklärt Handlungen als erlaubt, welche weder durch natürliche, noch durch positive Gesetze verboten worden. Aus diesem Grundsatze des materiellen Rechts läßt sich die, nach den Prozeßvorschriften und der Natur des Eides zu beurtheilende Zulässigkeit der eventuellen Eidesdelation nicht herleiten. Auch ist letztere weder als ein nothwendiges Mittel zur Ausübung vorhandener materieller Rechte, noch als ein in dem Rechte, sich der Eideszuschiebung zu bedienen, als dem Größeren, enthaltenes geringeres Recht gleicher Art aufzufassen.*

No. 60. – I. Senat. Sitzung v. 29. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Begriff einer Kirchengemeinde als juristischer Person und Rechtssubjekts; Stiftung einer Kirche und Pfarre.

a. Der Begriff einer Kirchengemeinde als juristischer Person und Rechtssubjekts erfordert weder bestimmte Parochialgrenzen, noch eine kirchenordnungsmäßige Organisation.

Cap. 4. X. de parochiis **3**. 29.; A. L. R. II. **11**. §§ 238. ff.

b. Durch das thatsächliche Bestehen des von dem Stifter mit gewissen Gütern und Einkünften verbundenen Kirchenamts sind diese Güter und Einkünfte für aus dem Vermögen des Stifters gegangen und selbst als Träger einer juristischen Persönlichkeit zu erachten.

Lex 28. Cod. de episc. et cler. **1**. 3.; cap. 2. § 1. in Clem. **3**. **11**.; A. L. R. II. **11**. §§ 176. 238.

---

* Der vorstehend mitgetheilte Rechtsfall liefert einen neuen Beweis für das dringende Bedürfniß einer Reform der gesetzlichen Bestimmungen über die Nichtigkeitsbeschwerde. Vergl. Archiv f. Rechtsf. Bd. 9. S. 116. u. Bd. 17. S. 346.

Digitized by Google

Die evangelische Kirchengemeinde zu B. stellte gegen den Grafen S., als Besitzer des Ritterguts B., auf den Grund der von dessen Vorbesitzer zu Gunsten der „Kirchen- und Pfarrstiftung von B." resp. der „B.'schen Kirchenstiftung" ausgestellten notariellen Schuld- und Hypotheken-Urkunden vom 25. April 1844 und 28. Dezember 1846 die Hypothekenklage auf Zahlung der Kapitalszinsen an. — Der Verklagte machte unter Anderm den Einwand der der Klägerin fehlenden Legitimation zur Sache, weil eine Kirchen- und Pfarrstiftung zu B. rechtlich gar nicht bestehe, auch nie bestanden habe, und eine reformirte oder evangelische Kirchengemeinde daselbst nicht vorhanden sei, jene Stiftung vielmehr lediglich zu Nutz und Frommen der Eigenthümer des adelichen Hauses B. und resp. zum Unterhalt eines von demselben zu bestellenden reformirten Hauspredigers, der zur Zeit aber ebenfalls nicht existire, errichtet worden sei. — Die Richter erster und zweiter Instanz verurtheilten den Verklagten nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat die vom Beklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Wenn Implorant dem zweiten Richter wegen der Annahme, daß der Mangel bestimmter Parochialgrenzen und kirchenordnungsmäßiger Organisation für die Existenz und das Fortbestehen einer Kirchengemeinde als juristischer Person unwesentlich sei, den Vorwurf der Verletzung des dahin formulirten Rechtsprinzips macht: daß diese Requisite zum Begriff einer Kirchengemeinde gehörten, — so muß dieser Vorwurf für unbegründet erachtet werden.

In den ältern Kirchengesetzen ist nur vorgeschrieben, daß die bereits bestehenden Parochien, soweit es noch nicht geschehen, in bestimmte Grenzen eingeschlossen werden sollen, und wenn im cap. 4. X. de parochiis, 3. 29., die Verjährung ausgeschlossen wird, wenn die Grenzen legitima probatione vel

Digitized by Google

alias ecclesiastica ordinatione festgestellt sind, so folgt hieraus zugleich einerseits, daß eine Parochie auch ohne feste Begrenzung bestehen konnte, andererseits, daß die Kirchengewalt die Grenzen eines Pfarrsprengels festsetzen kann.

Auch im Allgem. Landrecht ist das rechtliche Dasein einer Kirchengemeinde von einer bestimmten Begrenzung des Pfarrbezirks nicht abhängig gemacht, sondern nur bestimmt, wer zur Festsetzung der Grenzen einer Parochie befugt sein soll, — §§ 238. ff. II. 11. des Allgem. Landrechts. Wenn daher der zweite Richter aus den erwähnten Gesetzesstellen folgert, daß beim Mangel bestimmter Begrenzung eines Pfarrsprengels, welcher Mangel indessen hier nur auf Suppositionen beruhe, es nur Sache der Kirchenregierung sei, für eine Limitirung Sorge zu tragen, so kann ihm keineswegs mit dem Imploranten deren unrichtige Anwendung zur Last gelegt werden. Daß aber das rechtliche Dasein einer Kirchengemeinde, als juristischer Person und Rechtssubjekts, von der kirchenordnungsmäßigen Organisation abhängig sein sollte, ist umsoweniger anzunehmen, da bei schon vorhandenen Gemeinden deren Organisation nach der geltenden Kirchen-Ordnung gerade Aufgabe der kirchlichen Verwaltungsbehörde ist. Der vorige Richter konnte daher, ohne rechtsgrundsätzlich in der gerügten Art zu verstoßen, die Existenz einer Kirchengemeinde in V. dem Verklagten gegenüber als erwiesen annehmen, und hierbei die Frage über die bestimmte Begrenzung und kirchenordnungsmäßige Organisation dieser Gemeinde gleichwohl auf sich beruhen lassen.

Zur Feststellung der Aktivlegitimation der Klägerin (die übrigens jetzt durch ein Presbyterium vertreten und unter Bestellung eines Offizial-Mandatars seitens der Königlichen Regierung nach § 661. II. 11. des Allgem. Landrechts klagend aufgetreten ist) als evangelische Kirchengemeinde zu V. durfte der vorige Richter allerdings gelangen, ohne erst die erhobenen Zweifel über jene Punkte zur schließlichen Erörterung zu bringen.

Die fernere Behauptung des Imploranten, daß dadurch,

Digitized by Google

daß sich im Laufe der Zeit die einzelnen umwohnenden Reformirten zur B.'schen Kirche gehalten, daß der Besitzer des Gutes B. und die Behörden später die Kirche als Gemeinde-Kirche angesehen, und letztere dies durch Bestätigung von Vokationen und sonst ausgesprochen, — eine Kirchengemeinde resp. Parochie rechtliches Dasein nicht erhalten könne, kann dahingestellt bleiben, weil der zweite Richter diese thatsächlichen Momente nur als Zeugnisse eines bestehenden faktischen Verhältnisses ansieht.

Nach der Behauptung des Imploranten soll dagegen der zweite Richter durch die Annahme, daß in der Berufung des Pfarrers M. durch den Gutsherrn v. B., sowie in der, von Freifrau v. S. als Besitzerin von B., im Jahre 1707 ausgestellten Schuld-Urkunde ein Anerkenntniß für die frühere Existenz einer evangelisch-reformirten Gemeinde und damit zugleich für deren Rechtsfähigkeit liege, folgende Rechtsgrundsätze verletzt haben:

> Das bloße Anerkenntniß bildet keinen gesetzlichen Titel für die Verwandlung einer bloßen Privatstiftung (Hauskirche, Oratorii) in eine Kirchengemeinde und für den Uebergang des Vermögens der ersteren auf letztere, und
>
> das bloße Anerkenntniß des Vorbesitzers eines Grundstücks ist für dessen Singular-Successor beim Mangel einer Wissenschaft zur Zeit des Erwerbes und der Eintragung in das Hypothekenbuch nicht verpflichtend.

Indessen muß auch dieser Vorwurf, abgesehen davon, daß der zweite hier aufgestellte Rechtsgrundsatz in dieser Allgemeinheit als richtig nicht anerkannt werden kann, als unbegründet zurückgewiesen werden. Denn einmal sieht der zweite Richter jene Urkunden nicht als Erwerbstitel eines bisher nicht bestandenen Rechtes an, findet in der Anerkennung der klägerischen Gemeinde durch die Vorbesitzer des Verklagten nicht den Rechtsgrund des Bestehens derselben; und das andere Mal handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um Konstituirung eines dinglichen Rechts, um eine einem Grundstück aufzulegende Last. Jene Anerkennt-

Digitized by Google

nisse sind dem zweiten Richter vielmehr nur geschichtliche, thatsächliche Beweismittel eines damals bestehenden faktischen Verhältnisses, Zeugnisse nämlich für das faktische Bestehen einer Kirchengemeinde zu B. Dieser faktische Bestand muß aber für Jeden derselben sein, mag er nun Universal- oder Singular-Successor dessen, der Zeugniß ablegte, sein. Uebrigens sind auch jene Anerkenntnisse nicht allein die Zeugnisse für das Bestehen der faktischen Verhältnisse; die Königliche Verwaltungsbehörde bei der Bestätigung des Pfarrers M., und sogar Se. Majestät der König setzten das Bestehen der Kirchengemeinde zu B. voraus, indem Letzterer derselben ein Gnadengeschenk von 1000 Rthlrn. bewilligte und dadurch also indirekt die Existenz derselben anerkannte.

Hiernach erledigt sich auch die Behauptung des Imploranten, daß das Anerkenntniß umsoweniger den Singular-Successor verpflichten könne, als sogar ein Vertrag beim Mangel einer Eintragung in das Hypothekenbuch in der Regel nur die Kontrahenten selbst und deren Erben verpflichte.

Wenn aber Implorant hiernächst dem zweiten Richter vorwirft, daß derselbe, indem er bei der Frage nach der fundatio und erectio beneficii zwischen dem Fall der ersten Errichtung und dem Fall eines bereits vorhandenen beneficii unterscheide und annehme, daß ihm als tertius die Frage nach den Grundbedingungen der bereits bestehenden Stiftung nicht mehr zustehe, die von ihm citirten Gesetzesstellen, nämlich Lex 28. Cod. de episc. et. cler. 1. 3.; cap. 2. § 1. in Clem. 3. 11. und §§ 176. 238. II. 11. des Allgemeinen Landrechts — verletzt habe: so ist dieser Vorwurf deshalb unbegründet, weil einmal der zweite Richter den Grund zu jener Unterscheidung aus diesen Gesetzstellen nicht entlehnt, das andere Mal aber dieselben die hier in Rede stehende Frage nicht berühren, noch weniger also jene in der Natur der Sache wohl begründete Unterscheidung und verschiedene Beurtheilung unzulässig erscheinen lassen. Daß aber Verklagter der B.'schen Kirchen-

Digitized by Google

stiftung gegenüber als tertius anzusehen, kann deshalb keinem Bedenken unterliegen, weil thatsächlich das Bestehen eines Kirchenamtes zu B. und die Verbindung gewisser Güter und Einkünfte mit demselben feststeht, Verklagter auch ausdrücklich anerkannt hat, daß er sich an die Bestimmungen der Stiftung für gebunden erachte. Durch die Verbindung der fraglichen Güter mit einem Kirchenamt waren dieselben aus dem Vermögen des Stifters gegangen und selbst Träger einer juristischen Persönlichkeit geworden, und kann deshalb auch von einem blos faktischen Bestehen der B.'schen Kirchenstiftung, welche Verklagter beliebig wieder einziehen könnte, nicht die Rede sein.

Der Implorant macht sodann dem zweiten Richter daraus einen Vorwurf, daß er die Frage nach der erectio des beneficii für eine müßige halte, weil Verklagter selbst das Dasein einer fundatio zugestanden, und sein Vorbesitzer einer Kirchen- und Pfarrstiftung sich zum Schuldner bestellt habe, und weil auch die erectio eines beneficii, und zwar gerade durch fundatio von seiten der Besitzer des Rittergutes B., selbst vom Verklagten nicht einmal geleugnet, unzweifelhaft aber von seinen Vorbesitzern anerkannt worden sei. Der Implorant findet hierin eine Verletzung des Rechtsgrundsatzes:

daß das Dasein der fundatio an und für sich die rechtliche Existenz eines beneficii nicht begründen könne, daß vielmehr die erectio des Kirchenobern nach vorgängiger Oblation seitens des Fundators hinzugekommen sein müsse.

Allein es erledigt sich dieser Vorwurf dadurch, daß der zweite Richter, wie sich aus dem ganzen Zusammenhange seiner bezüglichen Ausführungen ergiebt, keineswegs angenommen hat, daß die rechtliche Existenz eines beneficii durch die bloße fundatio begründet werde. Er hält die beiden Begriffe der fundatio und erectio beneficii streng aus einander, spricht zunächst von den Thatsachen, aus welchen diese in Bezug auf das fragliche beneficium sich ergeben soll, und kommt zu dem

Digitized by Google

Resultate, daß sich weder an der fundatio noch an der erectio hinsichtlich der B.'schen Kirchenstiftung zweifeln lasse.

Wenn daher Implorant schließlich zugleich die Bemerkung des zweiten Richters: „erectio eines beneficii und zwar gerade durch fundatio von Seiten des Besitzers des Rittergutes B.“ rügt und hierin ganz besonders die eigentliche Frage von der Nothwendigkeit der Erektion verkannt findet: so kann ihm hierin nicht beigetreten werden. Denn der Zusammenhang, in welchem jene Bemerkung mit der betreffenden Ausführung des zweiten Richters steht, läßt es nicht zweifelhaft, daß damit nur die s. g. erectio beneficii per fundationem habe angedeutet werden sollen, mit welcher die vom Appellations-Richter allegirten Kirchenlehrer den Fall bezeichnen, in welchem die Errichtung des Kirchenamts auf Grund einer vorangegangenen Fundation geschieht.

No. 61. — I. Senat. Sitzung v. 29. Oktbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Stargard i. P.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Stettin.

Verhaftung des Gerichtsherrn aus Verträgen des Gerichtshalters mit dritten Personen. Nichtsolidarische Verhaftung mehrerer Gerichtsherren, wenn der Gerichtshalter für die sämmtlichen von ihm respizirten Patrimonial-Gerichte kontrahirt hat.

a. Der Gerichtsherr war, so lange die Patrimonialgerichtsbarkeit bestand, verpflichtet, für eigene Kriminal-Gefängnisse zu sorgen. Ohne seinen besonderen Auftrag war aber der Gerichtshalter nicht befugt, mit anderen Gerichtsherren Mieths-Verträge über Gefängnisse einzugehen.

A. L. R. II. **17.** §§ 105. 76. ff.

b. Mehrere Gerichtsherren, denen die Gerichtsbarkeit über ein Gut in verschiedenen Distrikten zustand, waren nicht

Digitized by Google

solidarisch verpflichtet, die zu verhaftenden Einsassen aus den verschiedenen Distrikten in Gefängnissen unterzubringen.

A. L. R. II. 17. §§ 40. 105.

c. Verwaltete der nämliche Gerichtshalter die Gerichtsbarkeit über die verschiedenen Distrikte, so obligirte der Gerichtshalter durch Verträge die Gerichtsherren dennoch nicht solidarisch.

A. L. R. I. 5. § 424.

Das Gut B. bei S. zerfällt in sieben Antheile, und es war die Verwaltung der Patrimonial-Gerichtsbarkeit durch die Eigenthümer von fünf Antheilen dem Justizrath M. übertragen. Dieser hatte in den Jahren 1838 und 1839 für die gedachten und für mehrere sonst noch von ihm verwaltete Patrimonial-Gerichte mit dem Magistrate zu S. ein Abkommen getroffen, wonach die Arrestanten aus jenen Gerichtssprengeln in den Stadtgefängnissen gegen Entrichtung einer Gefängnißmiethe von 1 Sgr. 3 Pf. für jeden Tag und Kopf untergebracht werden sollten.

Im Jahre 1848 fanden im Dorfe B. tumultuarische Auftritte statt, in Folge deren 19 dortige Knechte theils auf längere, theils auf kürzere Zeit in Untersuchungshaft genommen wurden, und es erfolgte deren Unterbringung durch den Justizrath M., welcher die Untersuchung führte, in den Gefängnissen der Stadt S. Die für 2023 Arresttage zu erlegende Gefängnißmiethe betrug 84 Rthlr. 8 Sgr. 9 Pf. Mehrere der Antheilsbesitzer von B. haben die auf sie repartirte Summe berichtigt; wegen des Restes von 50 Rthlrn. 7 Sgr. 6 Pf. aber wurden die Antheilsbesitzer M., B. und F., und zwar solidarisch, in Anspruch genommen. Auf den Einwand des F., daß der Justitiarius M. gar nicht Gerichtshalter für den von ihm besessenen Antheil gewesen sei, nahm jedoch der Magistrat die Klage gegen

Digitized by Google

den F. zurück, und es wurde dieselbe nur gegen die beiden andern Verklagten fortgesetzt.

Durch das Erkenntniß erster Instanz wurden M. und V. dem Klageantrage gemäß solidarisch zur Zahlung verurtheilt. V. beruhigte sich bei dieser Entscheidung. M. appellirte, indessen erfolglos, indem der Richter zweiter Instanz annahm, daß der Justitiarius in gesetzlicher Vertretung der Gerichtsherren gehandelt und kontrahirt habe, und daß die mehreren Gerichtsherren solidarisch hafteten, außerdem aber auch die solidarische Verhaftung darum begründet erscheine, weil der Justitiarius M. in einem und demselben Vertrage im Namen Mehrerer kontrahirt habe, und somit der Fall des § 424. I. 5. des Allgem. Landrechts vorliege.

Das Ober-Tribunal hat auf die vom Verklagten M. eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil vernichtet, das Erkenntniß erster Instanz abgeändert und die Klage abgewiesen.

Gründe:

Implorant behauptet:

1. daß er aus dem vom Justitiarius M. getroffenen Abkommen gar nicht verhaftet, vielmehr die §§ 3–6. II. 17. des Allgem. Landrechts verletzt und § 105. daselbst unrichtig angewendet sei;

daß aber

2. noch weniger eine Solidarverhaftung unter den Gerichtsherren vorliege, und insoweit § 424. I. 5. und § 105. in Verbindung mit §§ 38. 40. II. 17. des Allg. Landrechts unrichtig angewendet, selbst gegen § 45. I. 17. verstoßen sei.

Diese Beschwerden erscheinen vollkommen begründet. Ist Verklagter mit der Kriminal-Gerichtsbarkeit versehen gewesen, so war es nach § 105. allerdings seine Pflicht, für eigene Kriminal-Gefängnisse zu sorgen. Der von ihm nach den §§ 76. ff. II. 17. zu bestellende Gerichtshalter war auch verpflichtet, den

Digitized by Google

Gerichtsherrn zur Einrichtung von Gefängnissen zu vermögen. Nicht aber war er ohne besonderen Auftrag des Gerichtsherrn befugt, mit anderen Gerichtsherren Miethsverträge über Gefängnisse einzugehen; sondern seine Befugniß ging nur soweit, dem Obergericht den Mangel von Gefängnissen anzuzeigen, und dessen weitere Maaßregeln der Abhülfe in Antrag zu bringen.

Die Handlung des Justizraths M., die Gefängnißmiethe betreffend, war also eine Ueberschreitung seiner Befugnisse. Es hat ihm dazu an einer Vollmacht des Imploranten gefehlt; und wenn Klägerin sich auf eine stillschweigende Genehmigung des Miethsvertrages beruft, so sind dafür keine konkludenten Handlungen angegeben, insbesondere gar nicht behauptet, daß seit 1838 bis zur Einleitung der fraglichen Untersuchung im Mai 1848 wirklich Fälle vorgekommen sind, in welchen Einsassen des M.'schen Gutsantheils in gemiethete Gefängnisse untergebracht worden.

Der Klägerin steht also weder ein gültiger Vertrag, noch das Gesetz zur Seite.

Noch weniger läßt sich eine Solidarpflicht des Imploranten für die Gefängnisse der Arrestanten sämmtlicher Antheile von B. anerkennen.

Der § 424. I. 5. des Allg. Landrechts ist nach dem festgestellten Sachverhältniß gar nicht zutreffend, denn nach demselben hat der Gerichtshalter M. nicht für die fünf oder mehr Antheile von B. in der Gesammtheit, sondern er hat als Gerichtshalter in sämmtlichen von ihm respizirten Patrimonial-Gerichten mit der Klägerin kontrahirt. Durch Vertrag unter einander kann also von den Antheilsbesitzern eine Korrealverbindlichkeit nicht eingegangen sein. Die allegirten §§ 623. 624. der Kriminal-Ordnung bestimmen für diesen Fall gar Nichts, sie bestimmen nur: ob das forum personale oder das forum delicti commissi vorzugsweise verstattet sei.

Aus § 105. II. 17. des Allg. Landrechts ist die Solidar-

Digitized by Google

verbindlichkeit unter der Voraussetzung gefolgert: daß den Antheilsbesitzern von B. die Kriminal-Gerichtsbarkeit „gemeinschaftlich“ zugestanden habe.

Dieser im § 38. bedachte Fall liegt hier aber gar nicht vor. Er ist nicht ausdrücklich von der Klägerin behauptet, vielmehr selbst das Gegentheil anerkannt, indem der Antheilsbesitzer F. gerade deshalb mit der Klage nicht weiter verfolgt ist, weil er einen Anderen, als dem Justizrath M., zum Gerichtsverwalter gehabt hat. Es liegt der Fall des § 40. vor: fünf oder mehr Antheile von B. sind jeder mit der Gerichtsbarkeit versehen gewesen; es sind demnach auch ebensoviel Gerichtssprengel, und ebenso viel Gerichtsherren vorhanden, von denen jeder Einzelne nach § 105. die Einsassen seiner eigenen Gerichtsbarkeit in Gefängnissen unterzubringen hatte.

Der Appellations-Richter ist der Ansicht, daß in Fällen, wo Jeder Antheilsbesitzer Gerichtsbarkeit besaß, die Gerichtsbarkeit eine und dieselbe war, und daraus Solidarverpflichtung hervorgehe; dies ist aber nach den §§ 40. 105. den Worten und dem Sinne des Gesetzes klar entgegen.

Das Appellations-Urtheil mußte hiernach vernichtet werden.

In der Sache selbst kann Klägerin nicht aus einem Vertrage klagen, weil das M.'sche Abkommen für den Verklagten nicht verbindend ist. Sie kann ihren Anspruch auf nützliche Verwendung stützen; dann kann sie aber auch nicht Mehr fordern, als die Gefängnißmiethe für die in die Untersuchung verwickelten Einsassen des M.'schen Gutsantheils betrug, nach des Verklagten Angabe für drei Knechte 3 Rthlr. 18 Sgr. 9 Pf. Nicht aber kann sie Solidarverhaftung für die Gefängnißmiethe sämmtlicher 19 Arrestanten gegen den Verklagten geltend machen, weil er durch kein Gesetz verpflichtet ist, Gefängnisse auch für andere Gerichtsherren zu halten und deren Gefangene darin aufzunehmen.

Der Verklagte hat anfänglich sich zur Zahlung des gedachten minderen Beitrages erboten, demnächst aber auch dieses ab-

Digitized by Google

gelehnt, und es kann daher der etwaige mindere Betrag für jetzt nicht weiter in Betracht gezogen, mit dem Antrage auf Zahlung des Ganzen in solidum dagegen mußte die Klägerin abgewiesen werden.

No. 62. — IV. Senat. Sitzung v. 30. Oktbr. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Perleberg.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Eventuelle Eidesdelation nach Gemeinem und Preußischem Prozeßrechte.

a. Die von dem Delaten über die Annahme des ihm nur eventuell deferirten Eides erst nach bewirkter Aufnahme des prinzipaliter angetretenen anderweitigen Beweises erfolgte Erklärung ist weder nach Gemeinem, noch nach Preußischem Prozeßrechte für verspätet zu erachten.

b. Die auch nach bewirkter Aufnahme des prinzipaliter angetretenen Beweises nicht erfolgte Erklärung des Delaten über die Annahme des ihm nur eventuell deferirten Eides berechtigt nur dann zu der Annahme, daß er den Eid nicht schwören könne oder wolle, wenn der Ausspruch des Richters, daß jene Beweis-Aufnahme kein genügendes Resultat gehabt, oder die Aufforderung desselben an den Delaten zur Erklärung über den Eid vorhergegangen war.

A. G. O. I. 13. § 10. No. 8.; Prozeß-Verordnung vom 1. Juni 1833 § 27. (Gesetz-Sammlung S. 37.)

Der Amtmann S. klagte gegen den Kammerherrn v. R. auf Zahlung von 795 Rthlrn. als Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrages über 200 Schaafe, wurde jedoch

Digitized by Google

in erster Instanz als beweisfällig abgewiesen. Er appellirte. In seiner Appellations-Rechtfertigung beantragte er prinzipaliter die anderweitige Vernehmung von Zeugen über das Klagefundament und deferirte eventuell darüber dem Verklagten den Eid. Der letztere behielt sich in seiner Appellations-Beantwortung die Erklärung über diesen Eid bis dahin vor, daß derselbe definitiv deferirt, und die prinzipaliter beantragte Beweisaufnahme, falls sie für erheblich erachtet werden sollte, erfolgt sein werde. Diese anderweitige Beweisaufnahme wurde verfügt und bewirkt, sie ergab für den Kläger kein günstiges Resultat. In dem Audienz-Schlußtermine erschien hierauf blos Kläger. Derselbe beantragte nunmehr, die Thatsachen, über welche eventuell der Eid deferirt worden, in contumaciam für erwiesen zu erachten, weil Verklagter sich über diesen Eid nicht erklärt habe; eventuell deferirte er dem Verklagten diesen Eid jetzt unbedingt. Der Appellations-Richter erachtete jenen Kontumazial-Antrag nach § 10. No. 8. I. 13. der Allgem. Gerichts-Ordnung für begründet, und verurtheilte demgemäß den Verklagten zur Erstattung des eingeklagten — seinem Betrage nach jedoch in einem besonderen Verfahren auszumittelnden — Schadens.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision des Verklagten das Appellations-Urtheil aufgehoben und verordnet, daß zuvörderst vom Kläger diejenigen streitigen Thatsachen, über welche derselbe dem Verklagten in der Appellations-Rechtfertigung eventuell, und im Audienztermine vom 16. Januar 1855 definitiv den Eid zugeschoben, bestimmt und speziell anzugeben, der Verklagte mit seiner Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung dieser Eide zu hören, mit Normirung und Abnahme derselben demnächst zu verfahren, und sodann anderweit in zweiter Instanz zu erkennen.

Gründe:

In den Preußischen Gesetzen ist nirgends ausgesprochen, daß die Erklärung auf einen eventuell deferirten Eid binnen derselben Frist bei Vermeidung desselben Rechtsnachtheils erfol-

Digitized by Google

gen müsse, wie dies für die Erklärung auf einen **unbedingt** deferirten Eid vorgeschrieben ist. Dies läßt sich auch nicht aus dem Begriffe und dem Wesen der eventuellen Eidesdelation an und für sich folgern. Es ergiebt sich hieraus vielmehr das Gegentheil. Denn die eventuelle Eidesdelation ist die antizipirte Erklärung einer Partei, daß sie sich der Eideszuschiebung bedienen wolle unter der Bedingung, daß der prinzipaliter angetretene Beweis kein Resultat liefern würde. Bevor also diese suspensive Bedingung nicht eingetreten ist, ist noch keine Eidesdelation vorhanden, und **es kann daher für den Delaten unmöglich eine Verpflichtung vorliegen, sich schon jetzt über eine später vielleicht einmal eintretende Eidesdelation zu erklären.** Aber auch wenn die Bedingung wirklich existent geworden, so tritt auch jetzt noch nicht ipso jure für den Delaten die Verpflichtung zur Erklärung auf dieselbe ein; denn die hier zur Sprache kommende Bedingung enthält kein in die äußere Erscheinung tretendes Faktum, von dessen Eintreffen sich der Delat selbst durch seine eigene Sinneswahrnehmung überzeugen könnte; sondern sie enthält die Rechtsfrage, ob der prinzipaliter angetretene Beweis ein genügendes Resultat erbracht hat? und die Entscheidung dieser Frage gebührt nach dem auch im Preußischen Prozeßrechte anerkannten Grundsatze: »probatio fit judici non reo«, lediglich dem Richter. **Für den Delaten wird also die der Delation beigefügte Bedingung nicht eher existent, als bis der Richter, ihm gegenüber, dies ausgesprochen hat, sei es ausdrücklich oder stillschweigend durch die Aufforderung zur nunmehrigen Erklärung über den Eid.**

Diese aus dem Wesen und dem Begriffe der eventuellen Eidesdelation, als einer bedingten, hergeleiteten Grundsätze haben auch in der **gemeinrechtlichen Praxis**, der eigentlichen Quelle dieses Beweismittels, keine Veränderung erlitten. Dort war die eventuelle Eidesdelation nur eine Anmeldung derselben,

um sich dadurch gegen den Ablauf der im Gemeinen Rechte für die Anbringung der Beweismittel bestimmt vorgeschriebenen Präklusiv-Fristen zu schützen. Aus diesem Zwecke derselben folgt schon, daß sie auch nach Gemeinem Recht niemals die Absicht haben konnte, den Delaten früher zu einer Erklärung zu veranlassen, als bis der anderweitig angetretene Beweis nach dem Urtheile des Richters ohne Resultat geblieben war.

Die Anwendung dieser Grundsätze auch für das Preußische Recht kann nun nicht zweifelhaft sein, vorausgesetzt, daß dieselben nicht mit den in unsern Prozeßgesetzen ausgesprochenen allgemeinen Grundsätzen kollidiren. Dies ist aber keinesweges der Fall. Es ist zwar im Preußischen Prozeßrechte Grundprinzip, daß alle Behauptungen und Einreden einer Partei, überhaupt alle Erklärungen über die bei einem Prozesse vorkommenden „Haupt- und Nebenpunkte," in möglichst umfassender Weise sobald als möglich abgegeben werden sollen; indessen auch unter diesen Nebenpunkten sind doch offenbar nur solche gemeint, denen schon eine bestimmte und unbedingte Behauptung zum Grunde liegt, nicht aber auch solche, bei denen, wie bei einer eventuellen Eidesdelation, nur gesagt ist, daß vielleicht künftig einmal eine bestimmte Behauptung aufgestellt werden solle. So steht auch namentlich der § 297. I. 10. der Allgem. Gerichts-Ordnung mit den obigen, für die eventuelle Eidesdelation aufgestellten, Grundsätzen nicht im Widerspruch; derselbe betrifft vielmehr den ganz andern Fall: daß der Delat durch Anfechtung der Erheblichkeit des Beweissatzes die sofortige Erhebung des Eides hindert, während bei der eventuellen Eidesdelation umgekehrt der Deferent es ist, der die Delation von dem richterlichen Urtheile über das Resultat der Aufnahme des prinzipaliter angetretenen Beweises abhängig macht.

Müssen aber nun hiernach die oben aufgestellten Grundsätze auch im Preußischen Prozeßrechte zur Anwendung kommen, so hat der zweite Richter mit Unrecht den Verklagten pro jurare nolente erachtet, obgleich derselbe nach erfolgter Auf-

Digitized by Google

nahme des prinzipaliter angetretenen Beweises zur Erklärung auf die ursprüngliche nur eventuelle Eidelation nicht aufgefordert ist.

Nun ist zwar in dem Schlußtermine eine definitive Eidesdelation erfolgt, indessen dies ändert in der Sache Nichts, denn Verklagter war in jenem Termine nicht erschienen, und die Realisirung des bei der Vorladung zu demselben gestellten Präjudizes, daß bei seinem Ausbleiben angenommen werde, er habe zur Unterstützung seiner Behauptungen und Anträge Nichts weiter anzuführen, kann augenscheinlich nicht die Annahme der verweigerten Erklärung über einen erst in diesem Termine deferirten Eid rechtfertigen. Jedenfalls hätte der Appellations-Richter, bevor er den Verklagten pro jurare nolente erachtete, demselben die geschehene definitive Eidesdelation behufs Erklärung über die Annahme des Eides in einem anzuberaumenden Termine unter dem Präjudize des § 297. a. a. O. mittheilen müssen.

No. 63. – IV. Senat. Sitzung v. 1. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Weigerung der Erfüllung eines Lieferungs-Vertrages; Rücktritt von demselben; Kreditirung des Kaufgeldes.

a. Bei Lieferungs-Verträgen steht der Weigerung der versprochenen Erfüllung die bisher nicht kontraktmäßig geschehene Leistung gleich.

A. L. R. I. **5.** § 408., **11.** §§ 878. 981.

b. Das Gesetz erfordert nicht eine besondere ausdrückliche Erklärung des Rücktritts vom Vertrage, er kann auch durch Innehaltung der ferneren Lieferungen erklärt werden.

A. L. R. I. **5.** § 408.

Digitized by Google

c. Der § 224. I. 11. des Allgem. Landrechts, — betreffend die Kreditirung der Kaufgelder, — ist nur für Kauf- nicht für Lieferungsverträge anwendbar.

A. L. R. I. 11. § 224.

Durch die Verträge vom 6. und 7. Dezember 1852 hatte der Kaufmann B. sich verpflichtet, den Eigenthümern der Handlung M. und Söhne bis zum 20. April 1853 unter einer Konventionalstrafe von 2 Sgr. für jede nicht gelieferte Elle 100,000 Ellen Sackleinewand zu liefern. Die Zahlung des Preises sollte Zug um Zug nach jedesmaliger Ablieferung des Leinen erfolgen. Nachdem über das Vermögen des B. der Konkurs eröffnet worden, verlangte der Konkurskurator für gelieferte aber noch nicht bezahlte Leinwand die Summe von 359 Rthlrn. — Die Verklagten schützten vor:

1. die Einrede des nichterfüllten Vertrages, denn es seien 49,986 Ellen nicht geliefert worden;

2. die Einrede der Kompensation, da sie mit dem Betrage der ihnen verfallenen auf 3352 Rthlr. sich belaufenden Konventionalstrafe kompensiren dürften. — Der erste Richter wies die Kläger ab. Der zweite Richter verurtheilte die Verklagten, indem er seine Entscheidung dahin motivirte:

Nach den Bestimmungen der Verträge solle die Zahlung des Preises Zug um Zug erfolgen, folglich wären die Verklagten verpflichtet gewesen, den eingeklagten Kaufpreis sofort nach der Lieferung zu zahlen, und nicht berechtigt, denselben zurückzuhalten, bis alle versprochene Leinwand geliefert worden. Die Anwendung des § 271. I. 5. des Allgem. Landrechts, welche Verklagte hier machen wollten, sei falsch, denn Kläger fordere nur die sofort nach seiner Lieferung fällige Gegenleistung für die geschehene Lieferung und sei dazu umsomehr berechtigt, als die Verklagten die vollständige Erfüllung der Kontrakte durch Nachlieferung der übrigen Leinwand nicht verlangten, also da-

Digitized by Google

mit einverstanden seien, daß den Kontrakten insoweit keine weitere Folge zu geben sei. Es bleibe nur noch zu erörtern, ob die Verklagten irgend eine Konventionalstrafe zu fordern hätten, und daher ihr Anspruch auf Kompensation gerechtfertigt sei. Auch diese Frage sei zu verneinen. Der Vertrag sei unzweifelhaft ein Vertrag über Lieferungen, also über Handlungen. Nach § 408. ff. I. 5. und § 878. I. 11. des Allgem. Landrechts könne, wenn der eine Theil die versprochene Erfüllung weigere oder nicht kontraktmäßig leiste, der andere Theil sofort vom Vertrage zurücktreten. Da nun die Verklagten nicht kontraktmäßig die Zahlung für die gelieferte Leinwand Zug um Zug geleistet hätten, so sei Kläger zum Rücktritt von dem Vertrage und zur Innehaltung mit den Lieferungen berechtigt und jedenfalls nicht verpflichtet gewesen, die weiteren Lieferungen zu leisten. Mit der Aufhebung dieser Verpflichtung sei auch die Fortsetzung der Konventionalstrafe für die weiteren Lieferungen aufgehoben. — Aber auch der § 271. I. 5. des Allgem. Landrechts stehe den Verklagten entgegen, denn sie forderten die Erfüllung eines Vertrages, den sie selbst noch nicht ihrer Verpflichtung gemäß erfüllt hätten.

Die Verklagten legten gegen dieses Urtheil die Nichtigkeitsbeschwerde ein und führten in derselben Folgendes aus:

1. Von einer mora der Verklagten könne die Rede nicht sein. Dieselbe setze voraus, daß Kläger Zahlung **gefordert** habe. Daß dies aber geschehen, daß dies namentlich vor dem 20. April 1853 geschehen, sei nicht behauptet. Sehe man auf die Verhältnisse des kaufmännischen Lebens, erwäge man, daß es nicht in der Absicht des Kontrahenten gelegen habe, für jede Elle *sofortige* Zahlung zu beanspruchen, so zeige sich die Nothwendigkeit, Zahlung zu *begehren*. Dem ständen auch die Gesetze zur Seite: der § 235. I. 5. des Allgem. Landrechts mit den Worten: „*gefordert* werden," die §§ 20. und 71. I. 16. mit den Worten: „*auffordern*", und namentlich die §§ 987. und 224. I. 11. des Allgem. Landrechts. Habe Kläger, und

dies sei der Fall, trotz des Vertrages die gerichtliche Klage nicht innerhalb acht Tagen nach der Uebergabe angemeldet, so habe er eben das Kaufgeld kreditirt und könne für sich den § 271. nicht anrufen. Der zweite Richter wende diesen Paragraphen irrig an. Nicht die Verklagten verlangten Erfüllung des Vertrages, sondern der Kläger. Die Verklagten hätten nachgewiesen, warum die nicht sofortige Zahlung dem Kläger keine Rechte verleihen könne. Der verletzte Grundsatz der Lex 127. Dig. 45. 1.: „Nulla mora ubi nulla petitio", greife hier um so gewisser durch, als er bei dem Mangel eines bestimmten dies in den angezogenen Gesetzen anerkannt sei.

2. Die §§ 408. ff. I. 5. und der § 878. I. 11. des Allgem. Landrechts paßten sonach nicht. Kläger habe nirgends aufgestellt, daß er die Requisite des § 408. erfüllt, daß Verklagte die versprochene Erfüllung, der Aufforderung unerachtet, geweigert hätten, und daß er demnächst vom Vertrage zurückgetreten sei und seinen Rücktritt erklärt habe. Es komme hinzu, daß jene Vorschriften um so gewisser auf Lieferungs-Verträge anwendbar seien, als hier eben der § 224. I. 11. des Allgem. Landrechts den Verklagten zur Seite stehe.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen —

in Erwägung:

daß nach der unangefochtenen thatsächlichen Feststellung des Appellations-Richters die Beklagten nach den Bestimmungen der Verträge vom 6. Dezember 1852 und vom 7. desselben Monats die Zahlung der abgelieferten Leinen Zug um Zug nach jedesmaliger Ablieferung derselben zu leisten hatten, aber mit Zahlung der ihnen bereits abgelieferten Leinen noch auf Höhe von 359 Rthlrn. im Rückstande sind, folglich ihrerseits die gedachten Verträge nicht erfüllt haben;

daß diese Verträge vom Appellations-Richter für Lieferungsverträge, also (§§ 981. ff. I. 11. des Allg. Landrechts) für Ver-

Digitized by Google

träge über Handlungen erachtet sind, und dagegen in der Nichtigkeitsbeschwerde Nichts erinnert worden ist;

daß bei derartigen Verträgen, wenn der eine Kontrahent die versprochene Erfüllung weigert, der andere nach § 878. a. a. O. sofort vom Vertrage zurücktreten kann;

daß — wie eine Vergleichung dieses Gesetzes mit der übereinstimmenden Vorschrift des § 408. I. 5. a. a. O. zeigt — der „Weigerung der versprochenen Erfüllung" die „bisher nicht kontraktmäßig geleistete Erfüllung" gleich steht;

daß hiernach die nicht kontraktmäßig Zug um Zug nach jedesmaliger Ablieferung der Leinen geleistete Zahlung seitens der Verklagten dem Gemeinschuldner B. berechtigte, seinerseits vom Vertrage sofort zurückzutreten, mithin die ferneren versprochenen Lieferungen nicht zu leisten;

daß der Kläger in der Replik, wie auch der Appellations-Richter ausdrücklich bemerkt, dieses Recht für sich in Anspruch genommen hat, eine besondere ausdrückliche Erklärung des Rücktritts gegen den andern Kontrahenten aber im Gesetze nicht erfordert wird, dieser Rücktritt daher auch durch Innehaltung der ferneren Lieferungen erklärt werden konnte;

daß bei den gedachten, speziell für Verträge über Handlungen gegebenen, Vorschriften es auf die — nur für Kaufverträge gegebene, — als verletzt bezeichnete Bestimmung des § 224. I. 11. a. a. O. so wenig, als auf die von dem Imploranten allegirten allgemeinen Vorschriften über die Bedingungen und über die rechtlichen Wirkungen der mora ankommen kann;

daß die Imploranten, wenn sie eine Konventionalstrafe, wenn auch nur durch Kompensation, auf Grund des § 2. des Vertrages vom 6. Dezember 1852 in Verbindung mit dem Vertrage vom 7. desselben Monats beanspruchen, insoweit allerdings ihrerseits Erfüllung dieser Verträge verlangen, diesem Anspruche mithin der § 271. I. 5. a. a. O. entgegensteht; daß es indessen

Digitized by Google

im jetzigen Nichtigkeits-Verfahren auf die richtige Anwendung dieses Gesetzes nicht einmal ankommt, da dasselbe vom Appellations-Richter nur zur Unterstützung der Zurückweisung des Kompensations-Einwandes und als bloßer Hülfsgrund angezogen ist, diese Zurückweisung aber schon durch den nicht mit Erfolg angegriffenen selbstständigen und Haupt-Entscheidungsgrund der Anwendbarkeit des § 408. I. 5. und des § 888. I. 11. a. a. O. hinreichend gerechtfertigt wird.

No. 64. – II. Senat. Sitzung v. 1. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Zeitz.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Anlegung einer Brücke auf dem belasteten Grundstücke seitens des Wegeberechtigten.

Der Wegeberechtigte darf im Fall des Bedürfnisses eine Brücke auf dem belasteten Grundstücke anlegen.

A. L. R. Einl. § 89., I. 22. §§ 32. 71.

Dem Kläger steht das Recht zu, über das Grundstück des Verklagten zu gehen und dabei einen Graben zu passiren. Als dieser vom Verklagten geräumt worden war, behauptete Kläger, den Graben namentlich nicht mehr mit Lasten überschreiten zu können, verlangte vom Verklagten, daß dieser ihm die Anlegung einer Brücke gestatte, und wurde, da Verklagter dies verweigerte, gegen denselben klagbar. Er erstritt sowohl in den beiden unteren, als auch in der Nichtigkeits-Instanz ein obsiegliches Erkenntniß — und zwar hier aus folgenden

Gründen:

Der Appellations-Richter stellte unangefochten fest, daß dem Kläger eine Fußweggerechtigkeit auf dem bezeichneten, über das

Digitized by Google

Feld des Verklagten sich hinziehenden, Pfade rechtskräftig zuerkannt worden, welche nicht auf einen gewissen bestimmten Zweck ausdrücklich eingeschränkt sei, und folgerte deshalb und gemäß § 71. I. 22. des Allgem. Landrechts, daß der Kläger, seine Angehörigen und Dienstleute berechtigt seien, auch Lasten tragend über den Weg zu gehen.

Von dem Imploranten wird die Anwendung des § 71. a. a. O. deshalb als eine unpassende gerügt, weil diese Gesetzstelle dem Wegeberechtigten verbiete, sein Recht auf neue Anlagen auszudehnen.

Es erscheint aber dieser Vorwurf völlig unzutreffend, da nach der bezeichneten Bestimmung und deren Allegate (§ 8. a. a. O.) der, welcher das uneingeschränkte Recht hat, über ein fremdes Grundstück zu gehen, sich des Weges zu allen seinen Bedürfnissen ohne Unterschied, nur nicht zu ganz neuen Anlagen, bedienen darf, d. h. zu solchen, die sich auf dem berechtigten Grundstücke befinden und als willkürliche Veränderungen in der Gestalt, Hauptbestimmung oder Nutzungsart desselben darstellen.

Der zweite Richter nahm ferner auf Grund des erhobenen Zeugenbeweises für feststehend an, daß der fragliche Weg, wegen eines ihn durchschneidenden Grabens, von lasttragenden Personen nur mit großer Beschwerlichkeit und Gefahr zu passiren, und zur Abhülfe dieses Uebelstandes eine Brücke erforderlich sei; er erachtete daher eine ordnungsmäßige Benutzung des dem Kläger zustehenden Wegerechtes bei der gegenwärtigen Beschaffenheit jenes Grabens für nicht möglich und deshalb in Gemäßheit der Einleitung § 89. zum Allgem. Landrecht und des § 32. I. 22. a. a. O. den Kläger für berechtigt, die zur Ausübung der Servitut nothwendige Anstalt in dem Grundstücke des Verklagten vorzunehmen. Bei der unangefochtenen faktischen Feststellung des Appellations-Richters steht dies Urtheil offenbar in vollem Einklange

Digitized by Google

mit den gesetzlichen Vorschriften, auf welche es sich stützt, und von denen der § 89. der Einleitung a. a. O. lautet:

wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann;

der § 32. I. 22. a. a. O. aber bestimmt:

auch muß er (der Beklagte) gestatten, daß in seinem Grundstücke die zur Ausübung der Gerechtigkeit nöthigen Anstalten und Reparaturen von dem Berechtigten vorgenommen werden.

Auch die Beschwerde des Imploranten über die unpassende Anwendung dieser Gesetze erscheint demnach unbegründet.

No. 65. — I. Senat. Sitzung v. 2. Novbr. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Tilsit.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Insterburg.

Beweis des der Schwängerung vorangegangenen Eheversprechens.

Die Vorschrift, — daß in Schwängerungs-Sachen ein zugeschobener Eid nur in solchen Fällen stattfindet, wo auch keine Vermuthungen, welche den Richter zu einem nothwendigen Eide bestimmen könnten, vorhanden sind, — dient zugleich als Beweis-Regel bei einem der Schwängerung vorangegangenen Ehe-Versprechen.

A. L. R. II. **1.** § 1093.; A. G. O. I. **10.** § 280.

Der vorstehend ausgeworfene Rechtssatz war auch vom Appellations-Richter in Sachen der unverehelichten Klara F. gegen den Zimmermeister Wilhelm P. zu Gunsten der geschwängerten Klägerin angenommen worden, welche über das von ihr behauptete Eheversprechen, trotz augenscheinlich zu ihren Gunsten

Digitized by Google

sprechender Beweismittel, auch noch einen vom verklagten Schwängerer acceptirten Eid deferirt hatte.

Auf die von dem letzteren eingelegte Revision hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil **bestätigt** — aus folgenden

Gründen:

Der Revident hat bei seinem Proteste offenbar die Vorschrift des § 298. I. 10. der Allgem. Gerichts-Ordnung:

> Ein deferirter Eid kann nach erfolgter Acceptation nicht mehr widerrufen werden,

im Auge. Diese Vorschrift ist hier indessen keineswegs maaßgebend. Zunächst findet der § 298. in Schwängerungssachen insofern überhaupt nur eine sehr beschränkte Anwendung, als der Richter, wenn bei einer angestellten Schwängerungsklage der Beischlaf geleugnet wird, im Mangel eines vollständigen Beweises allemal eher auf einen nothwendigen, als auf einen zugeschobenen Eid erkennen muß, — § 1092. II. 1. des Allgem. Landrechts. Ein zugeschobener Eid findet also nur in solchen Fällen Statt, wo auch keine Vermuthungen, welche den Richter zu einem nothwendigen Eide bestimmen könnten, vorhanden sind, — § 1093. ebendaselbst. Den **Worten** nach sprechen die §§ 1092. und 1093. freilich nur von dem Falle, wenn **der Beischlaf** geleugnet wird; daß sie aber ihrem Sinne und Zwecke nach in der That einen generelleren Grundsatz aufstellen, und namentlich auch dann zur Anwendung kommen, **wenn**, **wie hier**, **blos das behauptete Eheversprechen bestritten ist**, erkennt bereits der Gesetz-Revisor an, — Pensum XV. Motive zum Abschnitt 10. § 253. des Entwurfes S. 570. 583.

Digitized by Google

No. 66. – I. Senat. Sitzung v. 2. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Hörter.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Paderborn.

Legitimation eines unehelichen Kindes durch nachfolgende Ehe und obrigkeitliche Deklaration.

a. Behufs des zur Legitimation durch nachfolgende Ehe erforderlichen Beweises der Vaterschaft genügt auch deren erst nach geschlossener Ehe seitens des Ehemannes erfolgtes Anerkenntniß.

b. Das Anerkenntniß oder die Zustimmung des unehelichen Kindes beziehungsweise seiner Vormundschaft ist weder zu der Legitimation durch nachfolgende Ehe, noch auch zu der durch obrigkeitliche Deklaration erforderlich.

A. L. R. II. 2. §§ 596. 602.

Die unverehelichte Therese S. hatte am 22. September 1846 ein Kind geboren, als dessen Vater sie anfangs vor dem Vormundschafts-Richter den Küster R. benannte. Sie widerrief jedoch später diese Erklärung und gab vor, von einem ihr unbekannten Fremden geschwängert zu sein. Demnächst verheirathete sie sich unter dem 30. September 1850 mit dem Schlossergesellen H. Dieser gab am 17. Oktober 1850 vor dem Stadtgerichte zu Hannover eine Erklärung zu Protokoll, worin er bekannte: „daß er mit seiner nunmehrigen Ehefrau die von derselben am 22. September 1846 geborne Tochter Anna Marie Therese vor der Ehe erzeugt habe und seine Vaterschaft zu derselben anerkenne." Dieser Angabe trat die Mutter des Kindes in der späteren gerichtlichen Erklärung vom 19. Dezember 1850 bei. Hiergegen erhoben jedoch die gerichtlich bestellten Vormünder des Kindes, Bäcker A. und Ackers-

mann S., Widerspruch, indem sie auf der Vaterschaft des von der Mutter zuerst benannten Küsters R. bestanden. Sie behaupteten, daß dieser mit der Therese S. in dem gesetzlichen Zeitraum einen sehr vertrauten Umgang gepflogen und mit ihr wiederholt den Beischlaf vollzogen, daß er später seine Vaterschaft auch anerkannt und bisher sowohl eine Entschädigungssumme für die Mutter, als auch Alimentengelder für das Kind gezahlt habe, und erhoben demgemäß gegen ihn Klage auf Zahlung von 12 Rthlrn. an jährlichen Alimenten unter Vorbehalt des gesetzlichen Erbrechts des Kindes in den dereinstigen Nachlaß des Verklagten. — Letzterer bestritt die klägerischen Behauptungen und hob seinerseits die Bedeutung der von den Eheleuten H. am 17. Oktober und 19. Dezember 1850 gerichtlich abgegebenen Erklärungen hervor, nach welchen nur H. als Vater der Klägerin angesehen werden könne. — Das Gericht erster Instanz nahm auf Grund der über die klägerischen Behauptungen stattgefundenen Beweisaufnahme diese für soweit erwiesen an, daß es den Vormündern der Klägerin über die Vollziehung des Beischlafs zwischen der Mutter derselben und dem Verklagten innerhalb des kritischen Zeitraumes, sowie über das spätere Anerkenntniß der Vaterschaft seitens des Verklagten einen Erfüllungseid auferlegte, im Schwörungsfalle des ganzen Eides der Klägerin ein Wahlrecht zwischen Alimenten und Herausgabe des sechsten Theiles des R.'schen Nachlasses, im Falle der Eid nur hinsichtlich des Beischlafs geleistet werden sollte, nur ein Forderungsrecht auf Alimente zuerkannte und im Nichtschwörungsfalle des ganzen Eides die Klägerin abwies. Der erste Richter hielt jene gerichtlichen Erklärungen der Eheleute H. für ganz werthlos und nahm an, daß diese Erklärungen nur durch ein von dem Verklagten ausgegangenes Versprechen von 200 Rthlrn. veranlaßt worden seien.

Der Appellations-Richter wies dagegen die Klägerin zur Zeit ab. Er ging von der Ansicht aus, daß jene Erklärungen der Eheleute H. nur als ein nach der gesetzlichen Bestimmung

Digitized by Google

des § 596. II. 2. des Allgem. Landrechts zum Beweise der Vaterschaft resp. Kindschaft dienliches Anerkenntniß zu betrachten seien, welches die Wirkung habe, daß die Klägerin als ein eheliches Kind der Eheleute H. anzusehen, und daß, so lange nicht der Beweis der Illegitimität geführt worden sei, der Klage-Anspruch unbegründet erscheine.

Die von der Klägerin erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal verworfen.

Gründe:

Der § 596. II. 2. des Allgem. Landrechts bestimmt:

Wenn ein Schwängerer die Geschwächte, auch ohne Prozeß und Erkenntniß, wirklich heirathet, so erlangt das aus dem unehelichen Beischlaf erzeugte Kind eben dadurch in allen durch besondere Gesetze nicht ausdrücklich ausgenommenen Fällen die Rechte und Verbindlichkeiten eines ehelichen.

Aus dieser Bestimmung folgt nur, daß thatsächlich festgestellt sein muß, daß das außer der Ehe geborne Kind, welches durch die nachfolgende Ehe des Schwängerers und der Geschwächten legitimirt werden soll, aus dem Beischlaf der nunmehr zur Ehe geschrittenen Personen erzeugt worden sei. Dieses, allerdings unter Umständen schwer und ohne ein Anerkenntniß des Vaters überhaupt kaum festzustellende, thatsächliche Verhältniß hat der vorige Richter in Folge der gerichtlichen Anerkenntnisse der Mutter der Klägerin und ihres jetzigen Ehemanns vom 17. Oktober und 19. Dezember 1850 für festgestellt angenommen, und diese im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde nicht anzufechtende und unangefochten gebliebene thatsächliche Feststellung rechtfertigte allerdings die Anwendung des § 596. a. a. O. Denn daß das Anerkenntniß der Vaterschaft spätestens bei Abschluß der Ehe vorliegen müsse, wie in der Implorationsschrift behauptet wird, ist weder im § 596. a. a. O. ausgesprochen, der ja überhaupt nicht einmal jenen Beweis der Vaterschaft auf ein formelles Anerkenntniß desselben

Digitized by Google

beschränkt, noch folgt ein solches Requisit aus dem § 598. a. a. O., nach welchem die Trauung den Zeitpunkt bestimmt, wo die Rechte und Pflichten des durch nachfolgende Ehe legitimirten unehelichen Kindes als eines ehelichen ihren Anfang nehmen. Es folgt daraus nur, daß, wenn der Beweis der Erzeugung des unehelichen Kindes durch den demnächst zur Ehe geschrittenen Mann geführt wird, die Rechte und Pflichten des Kindes als eines ehelichen vom Tage der Trauung ihren Anfang nehmen.

Ebensowenig ist das Anerkenntniß oder die Zustimmung des unehelichen Kindes, beziehungsweise seiner Vormundschaft, als ein nothwendiges Erforderniß der Legitimation desselben durch die nachfolgende Ehe seiner Erzeuger zu betrachten. Diese Wirkung tritt vielmehr nach § 596. a. a. O. „eben dadurch", d. h. durch die wirkliche Heirath der natürlichen Eltern, von selbst ein. Sie ist eine gesetzliche, von dem Willen und der Zustimmung des Kindes völlig unabhängige, Folge der Erzeugung des Kindes und der nachfolgenden Ehe der natürlichen Eltern desselben, wodurch sein Zustandsrecht also Kraft des Gesetzes festgestellt wird. Wenn bei der Legitimation des unehelichen Kindes durch obrigkeitliche Deklaration, wo also unter den Eltern keine Ehe stattgefunden, nach § 602. a. a. O. bei obwaltenden Bedenken das Kind selbst oder dessen Kurator vorab vernommen werden soll, so kann hieraus die Nothwendigkeit einer Zustimmung des Kindes überhaupt nicht, und umsoweniger für den Fall der Legitimation durch nachfolgende Ehe, entnommen worden, als hier gerade nach § 596. a. a. O. durch die Trauung der Eltern das von ihnen vorher erzeugte Kind den Status eines ehelichen Kindes derselben erhält, ohne daß von einer Zustimmung des Kindes im Gesetz irgend die Rede wäre.

Digitized by Google

No. 67. – I. Senat. Sitzung v. 5. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Erwerbung des Wohnsitzes seitens des Neuanziehenden.

a. Zur Erwerbung des Wohnsitzes im Sinne des § 8. des Heimathsgesetzes vom 31. Dezember 1842 ist die persönliche Meldung des Anziehenden nicht, wohl aber

b. die schriftliche Bescheinigung der geschehenen Meldung von Seiten der Polizeibehörde erforderlich.*

Heimaths-Gesetz vom 31. Dezember 1842 § 8. (Gesetz-Sammlung für 1843 Seite S. 5.)

Der Arbeitsmann B. zog von seinem Wohnsitze R. nach dem Magistratsdorfe W., wurde dort von seinem Hauswirthe der Polizeibehörde angemeldet, und verarmte nach einem halben Jahre. Durch Verfügung der Regierung wurde der Magistrat zur Armenpflege für verpflichtet erachtet. Er klagte indessen auf Uebernahme derselben wider die Gemeinde R. und siegte auch in zweiter Instanz ob. Auf die von der Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde das zweite Erkenntniß zwar vernichtet, aber seinem Resultate nach dennoch aufrecht erhalten — aus folgenden

Gründen:

Im Appellations-Urtheil ist die verklagte Gemeinde des früheren Wohnsitzes für die Pflegeschuldige erachtet, weil in W. noch kein Wohnsitz begründet worden. Mit Recht behauptet indessen die Implorantin: daß die Gründe, mit welchen diese Entscheidung motivirt worden, dem § 1. No. 2. des Armen-

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 12. S. 121.; Entscheidungen Bd. 30. Seite 244.

pflege= und dem § 8. des Heimathsgesetzes vom 31. Dezember 1842 entgegenlaufen.

Zur Erwerbung des Wohnsitzes ist nach den §§ 8. ff. nöthig:

1. daß der Neuanziehende sich bei der Polizei=Obrigkeit meldet und über seine persönlichen Verhältnisse nach §§ 1–6. Auskunft giebt,
2. daß der von der Polizei=Obrigkeit getrennte Gemeinde=vorstand mit seiner Erklärung gehört, und daß sodann
3. über die Meldung eine polizeiliche Bescheinigung ertheilt wird.

Der Appellations=Richter hat die beiden Erfordernisse unter 2. und 3. für nicht wesentliche erachtet. Unerläßlich hat er es aber befunden, daß der Neuanziehende sich Selbst oder Persönlich melde, damit die Polizeibehörde sich über seinen Willen der Niederlassung Gewißheit verschaffe, und damit sie die Umstände beurtheilen könne, unter welchen Jemand die Duldung in der Gemeinde zu verlangen berechtigt ist. Da nun seitens des B. Nichts weiter geschehen ist, als daß sein Hauswirth ihn als Miether angezeigt hat, so ist seiner Ansicht nach dem Erforderniß unter 1., als dem einzigen wesentlichen, keine Genüge geschehen, und B. ist daher gerade nicht zum Wohnsitz in W. gelangt.

Diese Ansicht kann indeß nicht für richtig erachtet werden.

Eine persönliche Meldung ist im § 8. nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Wenn also die Meldung schriftlich oder durch einen Bevollmächtigten erfolgte, so würde sie gleichfalls genügen. Wäre die Meldung vom Hauswirth im Auftrage seines neuangezogenen Miethers erfolgt, so läßt sich gleichwenig eine Meldung bezweifeln, und es muß insoweit der Ansicht der Königlichen Regierung zu Potsdam im Resolut vom 15. November 1853, sowie den Ansichten des Königlichen Ministerii des Innern in den Reskripten vom 6. September 1845 und 25. November 1846 (Ministerial=Blatt Seite 283. und 240.) beigepflichtet werden. Dem § 8. des Heimathsgesetzes

Digitized by Google

ist eine Deutung gegeben, welche über den Willen des Gesetzes hinausgeht, und die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach für begründet zu erachten.

In der Sache selbst kann jedoch ein in W. erworbener Wohnsitz ebenfalls nicht anerkannt werden, weil die im § 8. vorgeschriebene polizeiliche Bescheinigung der Meldung in der That ein wesentliches, ja das wesentlichste und unerläßliche Erforderniß zur Begründung eines Wohnsitzes ist. Sie bildet den Schlußakt des ganzen Meldungsverfahrens und muß schriftlich ertheilt werden, wie auch in einem Urtheil des Ober-Tribunals vom 24. November 1854 (Präjudiz No. 2572., Entscheidungen Band 30. Seite 244.) ausgeführt und mit dem Grunde belegt ist: daß diese Bescheinigung alles Voraufgegangene in sich vereinigt, und daß sie nur „als Urkunde“ den neuen Wohnsitz erkennbar und Jedermann anschaulich macht. Bis zu einer solchen schriftlichen Bescheinigung der Polizei-Obrigkeit ist es nun aber im vorliegenden Falle nicht gekommen, und nach § 4. des Armenpflege-Gesetzes ist daher der Gemeinde R. die Pflicht der Armenpflege verblieben, weil seit der Entfernung des B. von dort und bis zu seiner Verarmung noch nicht drei Jahre verflossen sind.

Aus diesen Gründen ist die Verurtheilung der verklagten Gemeinde gerechtfertigt, und demzufolge das Appellations-Urtheil aufrecht zu erhalten.

No. 68. — V. Senat. Sitzung v. 6. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Greifswald.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Feudale und gutsherrliche Reallasten überhaupt und insbesondere Leistungen und Abgaben in Beziehung auf das Jagdrecht.

a. Hinsichtlich der Frage, ob eine auf dem Grund und Boden ruhende Reallast zu den durch das Gesetz vom

Digitized by Google

2. März 1850 aufgehobenen feudalen oder gutsherrlichen gehört, entscheidet ihre Entstehung, ohne daß es, wenn diese in dem gutsherrlichen Nexus zu suchen ist, weiter darauf ankommt, ob die Einrichtung, zu welcher die Leistung ursprünglich verwendet worden, noch jetzt besteht oder nicht.*

b. Unter den in Beziehung auf die Jagd obliegenden Leistungen, welche nach § 3. No. 6. des Ablösegesetzes vom 2. März 1850 unentgeltlich aufgehoben worden, sind nicht lediglich persönliche Leistungen im engeren Sinne, sondern auch Abgaben, z. B. Geldrenten, zu verstehen.

c. Die Vermuthung spricht dafür, daß die unter der Benennung „Hundekorn" oder „Hundehafer" bestandenen Abgaben in dem früheren Jagdrechte ihren Entstehungsgrund haben und daher ohne Entschädigung aufgehoben sind.

Ablöse-Gesetz vom 2. März 1850 §§ 2. 3. 15. (Ges.-Samml. S. 77.); Verfassungs-Urkunde v. 5. Dezember 1848. Art. 42. No. 1. 2. (Gesetz-Sammlung S. 375.)

Die Stadt Greifswald hatte als Besitzerin des Guts Wüst-Eldena seit mehr als 100 Jahren jährlichs zu Weihnachten an den Königlichen Fiskus 20½ Scheffel Hafer oder deren Werth in Geld unter dem Namen „Hundekorn" zu entrichten. Sie behauptete unter Bezugnahme auf den deutschrechtlichen Begriff dieser Abgabe, daß dieselbe aus dem Jagdrecht entsprungen und daher durch das Ablöse-Gesetz vom 2. März 1850 unentgeltlich aufgehoben worden sei, und wurde daher gegen den Königlichen Fiskus auf Anerkennung des Wegfalls ihrer Verpflichtung zur ferneren Entrichtung dieser Abgabe klagbar. —

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 7. S. 214.; Zeitschrift für Landeskultur-Gesetzgebung Bd. 3. S. 251.

Digitized by Google

Der Richter erster Instanz erkannte diesem Klageantrag gemäß. Der Richter zweiter Instanz wies die Klägerin ab.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Erkenntniß bestätigt —

in Erwägung:

daß das angefochtene Erkenntniß die Frage, ob die streitige Prästation des s. g. Hundekorns eine in Beziehung auf die Jagd obliegende sei, nicht weiter untersucht, sondern auf sich hat beruhen lassen; daß dasselbe vielmehr von der Annahme ausgegangen ist, als habe die streitige Prästation jedenfalls dadurch, daß sie schon vor mehr als 100 Jahren als eine in den Amtsbüchern verzeichnete fiskalische jährliche Einnahme-Post figurire, und daß schon zur damaligen Zeit die Fürstliche Jägerei zu existiren aufgehört habe, — die Natur einer Abgabe angenommen und aufgehört, eine in Beziehung auf die Jagd obliegende Leistung zu sein, und demnächst ferner annimmt, daß durch den § 3. No. 6. des Ablöse-Gesetzes vom 2. März 1850 nur solche Dienste und Leistungen, welche auf ein gegenwärtig noch bestehendes Jagdrecht sich beziehen, unentgeltlich aufgehoben worden, daß aber die auf die Jagd bezüglichen „Abgaben" unter den aufgehobenen „Bestimmungen" nicht mit begriffen seien;

daß jedoch beide Unterstellungen der rechtlichen Begründung entbehren;

daß die ersterwähnte nicht haltbar ist, theils weil die Art und Weise der Verwendung des Geleisteten von Seiten des Berechtigten auf die Natur der Leistung selbst ohne rechtlichen Einfluß ist, wenn nicht zugleich in Beziehung auf den Verpflichtungsgrund unter Mitwirkung des Schuldners eine Novation eintritt,* wofür im vorliegenden Falle Nichts festgestellt worden ist, theils weil die aus dem gutsherrlichen Nexus entspringenden deutschrechtlichen Reallasten, welche in Beziehung

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 15. S. 321.

Digitized by Google

auf die Jagd in früheren Zeiten den Gutsbesitzern aufgelegt worden waren, nach dem Zeugniß Gönner's (Rechtsfälle Bd. 1. S. 219.), v. Bülow und Hagemann's (Praktische Erörterungen Bd. 5. S. 182.) und Anderer in der Regel schon bald nach ihrer Einführung nicht mehr in Natur, sondern in Geldabgaben geleistet wurden, ohne daß hierdurch in der ursprünglichen Natur dieser Lasten eine Aenderung eingetreten wäre;

daß auch aus den Königlichen Resolutionen vom 19. Dezember 1720 und 1. Oktober 1754* eine entgegengesetzte Auffassung über die Natur der hier streitigen Prästationen sich nicht rechtfertigen läßt, da die in der ersteren enthaltene Ausführung der Ritterschaft lediglich darauf gestützt ist, daß die Abgabe von Alters her fortwährend geleistet worden sei;

daß sodann die oben erwähnte fernere Annahme des zweiten Richters unhaltbar ist, weil das ganze Ablösungs-Gesetz, insbesondere aber die §§ 2. und 3. desselben, ergeben, daß alle auf dem Grundeigenthum ruhenden Reallasten, die ihre Entstehung lediglich in einem feudalen oder gutsherrlichen 2c. Nexus gehabt haben, aufgehoben werden sollten;

daß folglich bei der Prüfung der Frage, ob eine auf dem Grund und Boden ruhende Reallast zu den aufgehobenen gehöre, zurückgegangen werden muß auf ihre Entstehung, und daß, wenn es sich, wie hier, zeigt, daß ihre Entstehung in dem gutsherrlichen Nexus zu suchen ist, — vergl. Gönner a. a. O.; v. Bülow und Hagemann a. a. O.; Runde, Deutsches Privatrecht § 246. Note h. und § 247., — es nicht weiter darauf ankommen kann, ob die Einrichtung, zu welcher die Leistung ursprünglich verwendet worden ist, gegenwärtig noch besteht, weil im letztern Falle jetzt nicht einmal die Veranlassung und der Grund mehr vorhanden ist, aus welchem die Verbindlichkeit geschaffen wurde;

* Vergl. Dehnert, Landrecht Bd. 1. S. 1096. ff.

Digitized by Google

daß daher, da das früher bestandene Fürstliche Jagdrecht auf dem Gute der Implorantin nach dem Gesetz vom 2. März 1850 als ein noch ferner gültiger Verpflichtungsgrund für die dem Gute auferlegte Last nicht angesehen werden soll, jetzt nach dem Wegfall des Jagdrechts, also nach Beseitigung der Einrichtungen, zu deren Unterhalt die Abgabe eingeführt worden, noch weniger ein gültiger Verpflichtungsgrund zu deren fernerer Leistung bestehen kann;

daß hiergegen auch mit Grund die Ausdrucksweise im § 3. No. 6. a. a. O. nicht angeführt werden kann, weil, wenn dort von „obliegenden“ Diensten und Leistungen die Rede ist, dies sich daraus erklärt, daß das Gesetz nur die zur Zeit seiner Emanation wirklich noch bestehenden Verpflichtungen dieser Art aufheben konnte, während es in Betreff der nicht mehr „obliegenden“, also der nicht mehr bestehenden Verpflichtungen dieser Art keiner gesetzlichen Anordnungen bedurfte;

daß in gleicher Weise der Zweck des Gesetzes, nämlich die Befreiung des Grundbesitzes von allen feudalen und gutsherrlichen Reallasten, schon dafür spricht, daß der am angeführten Orte gebrauchte Ausdruck „Leistungen“ nicht in dem beschränkteren Sinne einer persönlichen Dienstleistung, einer bloßen Handlung des Verpflichteten, sondern in dem weiteren Sinne, welcher auch den Begriff von „Abgaben“ mit umfaßt, verstanden werden muß;

daß sich kein Grund denken läßt, aus welchem der Gesetzgeber, welcher die aus dem Jagdrechte originirenden Dienste und Leistungen unentgeltlich aufhebt, die aus gleichem Grunde entstandenen Abgaben fortbestehen zu lassen bezweckt haben sollte, da der reprobirte Verpflichtungsgrund zu einer solchen Reallast derselbe bleibt, ob die Dienste in Natur geleistet werden, oder ob sie durch Vertrag oder Herkommen in eine Geldrente umgewandelt worden sind, und da andern Theils auf Seiten des Verpflichteten von einer Befreiung von solchen Reallasten

Digitized by Google

die Rede nicht würde sein können, wenn sie auch nur in der Form einer Rente für bleibende Zeiten auf seiner Besitzung beruhen bleiben sollten;

daß aber aber auch in dieser Hinsicht die Ausdrucksweise des Gesetzes der hier entwickelten Auffassung nicht entgegensteht, da der § 3. a. a. O. an keiner Stelle erkennen läßt, daß er mit dem Worte „Leistungen" einen engeren oder gar entgegengesetzten Begriff als mit dem Worte „Abgaben" bezeichnen wollte; daß vielmehr im Gegentheil aus dem Paragraph und insbesondere aus der No. 15. desselben in unzweideutiger Weise hervorgeht, daß er das Wort „Leistungen" in einem umfassenderen Sinne, in welchem der Begriff von „Abgaben" mit eingeschlossen ist, gebrauchen wollte und gebraucht hat, also in einem Sinne, in welchem dasselbe gegenwärtig nach allgemeinem Sprachgebrauche verstanden wird;

daß mithin das angefochtene Erkenntniß, indem es die Klage aus den oben hervorgehobenen beiden Gründen abweist, den allegirten Paragraph irrig aufgefaßt und durch Nichtanwendung verletzt hat, weshalb dasselbe der Vernichtung unterliegt;

in Erwägung, daß der Richter erster Instanz thatsächlich festgestellt hat, daß die unter der Bezeichnung „Hundekorn" hier streitige Abgabe zur Zeit ihrer Entstehung wirklich eine in Beziehung auf die Jagd obliegende Prästation gewesen sei; daß diese Feststellung, welche von dem Appellations-Richter unerörtert gelassen worden, nicht nur ihre Begründung in dem Deutschen Privatrechte findet, wie die oben allegirten Schriftsteller nachweisen, sondern auch ferner gerechtfertigt wird sowohl durch die Königliche Resolution vom Jahre 1720, in welcher, — also vor mehr als 100 Jahren, — der Ursprung dieser Prästation ohne Widerspruch von Seiten des Berechtigten in gleicher Weise angegeben ist, — als auch durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 2. März 1850, da der von der Königlichen Regierung selbst den Kammern vorgelegte ursprüngliche Entwurf des Gesetzes

Digitized by Google

die unter dem Namen „Hundekorn, Hundehafer ꝛc.", vorkommenden Abgaben zu den in Beziehung auf die Jagd obliegenden Leistungen zählte, und als solche namentlich mit aufgehoben bezeichnet haben wollte, was ersichtlich aus keinem andern Grunde unterblieben ist, als weil man fürchtete, daß bei dem Vorkommen gleichartiger Abgaben unter anderen Bezeichnungen gerade durch die vorgeschlagene Exemplifikation Zweifel über den wahren Sinn der gesetzlichen Bestimmung hervorgerufen werden möchten;

daß aber der imploratische Fiskus in den Instanzen, sowie auch gegenwärtig bestritten hat, daß die Entstehung der streitigen Abgabe in einem früheren Jagdrechte zu suchen sei; daß aber bei den hier hervorgehobenen Momenten, welche für diese Annahme sprechen, es an dem Imploraten gewesen wäre, einen andern Entstehungsgrund zu behaupten und nachzuweisen, was jedoch nicht einmal versucht worden ist; daß es hiernach bei der thatsächlichen Feststellung des ersten Richters sein Bewenden haben muß, und daß nach dieser Feststellung und dem oben entwickelten Sinne des Gesetzes vom 2. März 1850 die erhobene Klage, insoweit derselben in erster Instanz deferirt worden, vollkommen begründet erscheint.

No. 69. – IV. Senat. Sitzung v. 6. Novbr. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Duisburg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Perfektion eines Kaufvertrages über bei einer Fabrik bestellte Waaren. Eigenthum und Gefahr der bestellten Waaren bei einem Seetransport. Englisches Recht.

a. Die bei einer Fabrik erfolgte und angenommene Bestellung von Waaren einer gewissen nach Fabrikpreisen

Digitized by Google

verkäuflichen Sorte enthält einen Kaufvertrag, wenngleich weder diese Waaren zur Zeit der Bestellung auf dem Lager vorräthig und daher noch anzufertigen waren, noch eine besondere Vereinbarung hinsichtlich des Preises stattgehabt hat.

A. L. R. I. **11.** §§ 1. 12.

b. Zur Perfektion gelangt dieser Kaufvertrag durch die Ausführung der Bestellung — zumal bei einem schon bestehenden Verkehre der Parteien, ohne daß eine besondere Erklärung des Fabrikbesitzers über die Annahme der Bestellung vor deren Ausführung erforderlich ist. Daher entscheidet über den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages weder das Datum noch der Tag des Zugangs des Benachrichtigungs-Schreibens über die Absendung der Waaren.

A. L. R. I. **11.** §§ 1. 2., **5.** §§ 1. 4. 80. 81.

c. Die Uebergabe der bei einer überseeischen Fabrik bestellten Waaren an den Besteller ist durch deren behufs der Verschiffung erfolgte Hingabe zum Landtransport für bewirkt zu erachten, und geht daher mit diesem Zeitpunkt Eigenthum und Gefahr auf den Besteller über. — Der Fabrikbesitzer ist ohne Auftrag die abzusendenden Waaren zu versichern nicht verpflichtet.

A. L. R. I. **11.** §§ 128. 129.

d. Nach Englischem Rechte geht bei einer auf Kredit gekauften Waare schon vor der Uebergabe, sobald nur seitens des Verkäufers und zwischen ihm und dem Käufer Nichts zu thun übrig bleibt, Eigenthum und Gefahr der Waaren auf den letzteren über.

Vergl. John William Smith, Compendium of mercantile law, London 1848, pag. 438.

Digitized by Google

Die Firma der Gewerkschaft, nachherigen Bergwerksvereins, Friedrich-Wilhelmshütte zu Mülheim a. R. bestellte mittelst Schreibens vom 26. August 1853 bei der Handlung Sanderson Brothers et Comp. zu Sheffield eine Quantität näher bezeichneter Sorten Gußstahl. Das Schreiben begann mit den Worten: „Haben Sie die Güte für unsere Rechnung an die Herren E. in Rotterdam so schnell als möglich zu versenden," enthielt sodann die spezifizirte Angabe der Bestellung und schloß mit den Worten: „Wir hoffen Ihre Rechnung mit umgehender Post zu erhalten." Durch ein zweites Schreiben vom 6. September 1853, in welchem die gedachte Firma nochmals um schleunige Versendung ersuchte, änderte dieselbe die in dem ersten Schreiben an E. in Rotterdam angegebene Adresse an C. und P. daselbst um. Die Handlung Sanderson Brothers et Comp. fabrizirte zunächst die bestellten, auf ihrem Lager nicht vorräthigen Sorten Gußstahl, schickte dieselben am 23. September 1853 nach Hull ab, ließ sie dort auf das nach Rotterdam bestimmte Dampfboot Camerton verladen, und benachrichtigte sodann durch Schreiben vom 27. September 1853 die Friedrich-Wilhelmshütte von der erfolgten Versendung. Dies Schreiben ging zwar zugleich mit dem Konnossement und der Faktura ein; das zum Transport bestimmte Dampfboot ging jedoch zwischen dem 24. und 26. September 1853 mit seiner ganzen Fracht an der holländischen Küste unter. Die Handlung Sanderson Brothers et Comp. erachtete gleichwohl den Bergwerks-Verein Friedrich-Wilhelmshütte zur Bezahlung des abgesendeten Stahls und Erstattung des Frachtgeldes bis Hull mit 121 Livres 16 Sh. 9 Pence nebst fünf Prozent Zinsen seit dem 23. Januar 1854, als dem Tage des Ablaufs des viermonatlichen Zahlungsziels, für verpflichtet und wurde deshalb gegen denselben klagbar. — Der Verklagte verlangte die Abweisung der Klage, weil einestheils zwischen ihm und der Klägerin ein rechtsverbindliches Geschäft nicht zu Stande gekommen, da weder ein Preis verabredet, noch die Bestellung acceptirt,

Digitized by Google

wenigstens eine Benachrichtigung davon an ihn nicht ergangen, noch der Auftrag der Bestellung gemäß rasch genug ausgeführt sei; und weil anderntheils der Klägerin ein vertretbares Versehen zur Last falle, indem der Stahl zur Zeit der Aequinoktialstürme abgeschickt und ungeachtet der gefährlichen Jahreszeit nicht versichert, ihm selbst aber durch die zu späte Benachrichtigung von der Versendung die Bewirkung der Versicherung unmöglich gemacht worden sei. — Das Gericht erster Instanz wies die Klägerin ab. Das Gericht zweiter Instanz verurtheilte den Verklagten nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision des Verklagten das zweite Urtheil bestätigt.

Gründe:

Der erste Richter hat bei Beurtheilung der in gegenwärtiger Sache zu entscheidenden Frage:

> ob die Klägerin oder den Verklagten die Gefahr des erfolgten Unterganges der im September 1853 für Rechnung des verklagten Vereins von der Klägerin mit dem Schiff Camerton versandten Stahlwaaren trifft?

zwar auch den Abschluß eines vollständigen Kaufkontrakts über die gedachten Waaren vermißt, hauptsächlich aber seine dem Verklagten günstige Entscheidung darauf gestützt, daß überhaupt gar kein Kaufkontrakt, sondern ein Vertrag über Handlungen vorliege. Dies schließt der Richter aus der in den Akten mehrfach vorkommenden Bemerkung der Klägerin: sie habe die bestellten Stahlsorten erst anfertigen müssen. Augenfällig kann der in jeder Fabrik vorkommende Umstand, daß die Waaren, welche sie verkauft, in derselben angefertigt werden, über den Charakter des rücksichtlich des Handels mit diesen Waaren abgeschlossenen Rechtsgeschäfts keinen Anhalt geben. Es ist etwas ganz Zufälliges, ob bestellte, nach einer gewissen bekannten feststehenden Sorte verkäufliche, Stahlwaaren zur Zeit der Bestel-

Digitized by Google

lung bereits auf dem Lager sind, oder noch angefertigt werden müssen. Nicht die Anfertigung ist das Objekt der Bestellung, sondern die Erwerbung der angefertigten oder anzufertigenden Waare für einen Preis, mithin dasjenige, was gerade das Essentielle eines Kaufs ausmacht. Die Bestellerin legte auf das vorherige Anfertigen so wenig Gewicht, daß sie sogar hoffte, dasselbe werde nicht nöthig, die Waare werde auf dem Lager sein, wie der Schluß des Bestellungsschreibens vom 26. August 1853 ergiebt, in welchem sie die Hoffnung aussprach, mit umgehender Post die Rechnung zu erhalten.

Ist hiernach das in dem Schreiben vom 26. August 1853 intendirte Geschäft ein Kauf, so fragt sich zunächst, ob dasselbe zu einem Abschlusse gekommen ist. In der Bestellung fehlt es an der Bestimmtheit der bestellten Waare nicht. Der Preis ist nicht angegeben; da es sich aber nicht von einer individuellen Spezies, sondern von einer gewissen nach Fabrikpreisen in Sheffield verkauften Gattung vom besten Gußstahl handelte, so lag eben in der Bestellung ohne Preisangabe, daß der Besteller sich dem für die bestellte Sorte geltenden Fabrikpreise unterwerfen wolle. Dadurch wurde dieser Preis als der für die Bestellung, ohne daß es einer weiteren Erklärung des Bestellers bedurfte, maaßgebend hingestellt. Durch die Faktura vom 23. September 1853 hat die Klägerin den Preis der bestellten und verschifften Waare aufgestellt, und es werden gegen diesen Preis von dem Verklagten keine Einwendungen gemacht, es wird vielmehr derselbe ausdrücklich für angemessen erklärt. Uebrigens hat, nach der in dieser Hinsicht nicht widersprochenen und durch das frühere Bestellungsschreiben vom 10. Februar 1853 bestätigten Behauptung der Klägerin, in dem laut Auszuges aus den Handlungsbüchern seit 1841 bestehenden Verkehr mit dem verklagten Geschäfte die Bestellung stets in der gleichen Weise stattgefunden.

Ebensowenig, als es zur Fixirung des Preises noch einer

Erklärung des Bestellers bedurfte, war eine Erklärung der Klägerin darüber, daß die Bestellung angenommen werde, vor Ausführung derselben zur Perfektion des Geschäfts nothwendig. Die Bereitwilligkeit, eine Bestellung dieser Art auszuführen, an und für sich bei einer Fabrik schon vorauszusetzen, ergab sich im vorliegenden Falle schon aus dem mehrere Jahre vorher bestehenden Geschäftsverkehr der Interessenten. Die Bestellerin hat auch weder in dem ersten Bestellungsbriefe vom 26. August 1853, noch in dem nachträglichen Schreiben vom 6. September 1853 eine solche Erklärung über die Annahme der Bestellung verlangt, vielmehr die Mittheilung der Rechnung, also die Ausführung der Bestellung ohne weitere vorgängige Erklärung von Seiten der Klägerin, gefordert, wie dies denn auch dem Handelsgebrauche, vollends bei einem schon bestehenden Verkehre, ganz entsprechend ist.

Es geht hieraus hervor, daß in der Ausführung der Bestellung, in der Ablieferung der bestellten Waare an denjenigen, an welchen sie gesetzlich oder vertragsmäßig abzuliefern war, in einem Falle, wie dem vorliegenden, zugleich die vollendete Perfektion des Kaufgeschäfts selbst von Seiten des Verkäufers liegt. Ist, was gleich zu erörtern, anzunehmen, daß die Waare als bereits dem Verklagten übergeben zu betrachten, so bedarf es gewiß keiner ausdrücklichen Erklärung des Verkäufers mehr, daß er den solchergestalt erfüllten, mithin in seine Bücher hinsichtlich des Preises und der Waare eingetragenen, Kauf wirklich abgeschlossen habe. Daher entscheidet über den Zeitpunkt dieses Abschlusses nicht das Datum oder gar der Zugang des Notifikationsschreibens, wodurch die Klägerin den geschehenen Abgang der Waare mit beigefügter Faktura der Bestellerin meldete. Daß am 27. September 1853, dem Datum des Schreibens, der Untergang des Dampfschiffes Camerton, auf welchem die Waaren aufgegeben und von Hull nach Rotterdam verschifft waren, be-

Digitized by Google

reits erfolgt war, steht mithin keineswegs der Perfektion des Kaufgeschäfts entgegen.

Die Klägerin aber genügte ihrerseits allen ihren Pflichten, indem sie den bestellten und gefertigten Stahl von Sheffield auf den Landtransport nach Hull gab und für dessen weitere Verschiffung von Hull nach Rotterdam sorgte. Eine besondere Person zur Ausführung oder eine Art des Transports auf dem Landwege war von der Bestellerin nicht vorgeschrieben, in Ansehung des Wasserweges stellte sich das zwischen Hull und Rotterdam gehende Dampfschiff von selbst als das geeignete Transportmittel dar. Nach den Grundsätzen des Allgem. Landrechts §§ 128. und 129. I. 11. war mithin die Uebergabe schon vermittelst der Ablieferung der Waare an den Landtransport, vollends durch die Versendung an die von der Bestellerin angegebene Adresse in Rotterdam per Schiff, für vollzogen zu erachten. Der § 130. a. a. O., nach welchem, wenn durch eine solche Uebergabe Eigenthum und Gefahr auf den Käufer übergehen soll, ein unter den abwesenden Parteien völlig abgeschlossener Kaufkontrakt vorausgesetzt wird, kann dem Verklagten nicht zur Seite stehen, da es, wie gezeigt, eben, nachdem Klägerin die Waare angefertigt und abgeliefert, an einem vollständigen Kaufkontrakte nicht fehlt, die Notifikation denselben keineswegs zur Perfektion brachte. Die mit der Perfektion des Vertrages zugleich erfolgte Uebergabe entscheidet mithin, wenn die Grundsätze des Allgem. Landrechts angewendet werden, auch über den stattgefundenen Uebergang der Gefahr auf den Käufer.

Daß das Englische Recht, welches, da das Geschäft in England zum Abschluß gekommen und dort zu erfüllen war, Anwendung findet, hiervon abweichende Vorschriften enthält, ist vom Verklagten nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen. Es stimmt aber auch, wie aus John William Smith, Compendium of mercantile law, London 1848, hervorgeht, das

Digitized by Google

Englische Recht in den hier durchgreifenden Grundsätzen überein. Entscheidend ist, daß hier ein agrement to be completed in futuro vorliegt, nämlich:

> Account of the post ponement either of the payment of the price, or of the delivery of the goods, or of both,

also insbesondere ein Verkauf auf Kredit, bei welchem die Zahlung nicht bei der Uebergabe geschieht. Bei einem solchen agrement wird die allgemeine Regel aufgestellt — Seite 438.:

> If nothing remains to be done an the part of the seller, as between him and the buyer, before the goods purchased are to be delivered, the property in the goods immediately passes to the buyer and in the price to the seller.
>
> Wenn Nichts zu thun übrig bleibt von Seite des Verkäufers und zwischen ihm und dem Käufer, geht, ehe das verkaufte Gut zu übergeben ist, das Eigenthum desselben unmittelbar auf den Käufer und das Eigenthum des Preises auf den Verkäufer über.

Im vorliegenden Falle hatte aber Klägerin Alles, was ihr oblag, gethan. Da ferner, wie nicht widersprochen, auch in den früheren Bestellungsfällen ganz, wie in dem vorliegenden, verfahren ist, so war der Transporteur, welchem der Stahl nach Hull aufgegeben wurde, überdies als ein Agent des Käufers anzusehen, weil die Absendungsart vermöge der Beförderung des Verkäufers als die unter den Parteien hergebrachte angesehen werden mußte, — vergl. S. 444. a. a. O. Die Uebergabe war also als eingetreten zu betrachten, das Eigenthum war auf den Käufer übergegangen, und sobald dies geschehen, bleibt auch die Sache auf dessen Gefahr: «remaines at his risk,» — vergl. S. 439. a. a. O. Daher wurde in dem ebendaselbst erwähnten Rechtsfalle, wo es sich von Irischer Butter handelte, welche an eine Person in London zur See versandt und auf der Fahrt untergegangen war, der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verurtheilt, ungeachtet er sich verpflichtet hatte, zwei Monate

Digitized by Google

nach dem Datum der Landung zu zahlen. Man nahm an, durch diese Stipulation habe nur eine Zeit der Bezahlung, nicht eine Bedingung derselben, festgestellt werden sollen, und blieb also ungeachtet einer solchen expressen Stipulation bei der Annahme, daß Eigenthum und Gefahr auf den Käufer übergegangen sei. Umsomehr muß diese Annahme also Platz greifen, wo nicht einmal diese oder eine ähnliche Klausel vorliegt.

Ist hiernach der Uebergang des Eigenthums, und also auch der Gefahr, auf den Käufer an und für sich anzunehmen, so fragt sich noch: ob Verkäufer etwas Weiteres versäumt hat, was den Verlust des Kaufgeldes zur Folge haben könnte. Die unterlassene Versicherung der Waare kann der Klägerin nicht vorgeworfen werden. Nach der obigen Feststellung ist loco Sheffield verkauft, der Verkäufer besorgt die Versendung für den Käufer, diesem ist bekannt, daß dies geschieht; es ist ihm auch bekannt, daß der Transport von Hull nach Rotterdam zur See erfolgt, es lag daher dem Käufer ob, entweder den Verkäufer zur Versicherung zu autorisiren, oder desfalls selbst Anstalten zu treffen. Als eine absolute Pflicht kann die Versicherung seitens des Versenders nicht angesehen werden, und in dem Verkehre der Parteien umsoweniger, da sie in den vorhergehenden Fällen nicht geschehen war. Der Umstand, daß die Verschiffung möglicherweise in die Zeit der Aequinoktialstürme fallen konnte, war dem Käufer so gut, wie dem Verkäufer, bekannt, und wenn jener dadurch sich nicht zu einem besonderen Auftrag an den Verkäufer, oder zu einer eigenen vorsorglichen Maaßnahme veranlaßt fand, so konnte dem Verkäufer eine kontraktliche Pflicht in dieser Beziehung ebenfalls nicht obliegen. Zu einer derartigen Disposition im Voraus war aber der Käufer im Stande — ganz unabhängig davon, ob ihm der bevorstehende Abgang der Waare einige Zeit vorher notifizirt worden wäre, und er kann deshalb auch dem Verkäufer keinen Vorwurf machen, daß dieser eine solche, ihm an und für sich nicht obliegende Notifikation unterlassen hat, noch

Digitized by Google

kann er endlich diese Unterlassung als die Ursache des erlittenen Verlustes hinstellen. Das Konnossement ist mit dem Dampfschiffe versandt worden, und dies ist nach den beigebrachten Attesten des Spediteurs P. und des Preußischen Konsuls in Hull bei den dortigen Speditionsgeschäften gebräuchlich, — eine schleunigere Versendung auch nicht gut möglich, wenn, wie Klägerin bemerkt, das Konnossement vom Kapitain des Dampfbootes zu unterzeichnen ist.

No. 70. — IV. Senat. Sitzung v. 8. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Halle.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Wirkung der im Wege der Exekution zu verschiedenen Zeiten an verschiedene Personen erfolgten Ueberweisung derselben Forderung in Kraft der Anweisung und in Kraft der Cession.

a. Wenn dieselbe Forderung verschiedenen Personen zu verschiedenen Zeiten im Wege der Exekution überwiesen ist, so gewährt die frühere Ueberweisung ein Vorrecht vor der späteren, wenngleich jene in Kraft einer Anweisung und diese in Kraft einer Cession ertheilt ist.*

b. Die Eintragung der späteren Ueberweisung in das Hypothekenbuch schützt den Extrahenten nicht, wenn ihm zur Zeit dieser Eintragung in das Hypothekenbuch die frühere, obschon nicht eingetragene, Ueberweisung in Kraft einer Anweisung bekannt war.

Gesetz v. 4. Juli 1822 §§ 1-7. (Ges.-Samml. S. 178.); Exekutions-Verordnung vom 4. März 1834 § 15. (Gesetz-Sammlung S. 31.); A. G. O. I. **50**. § 447.; Hypotheken-Ordnung II. §§ 233. 234.; A. L. R. Einl. § 91., I. **10**. §§ 24. 25., **19**. § 5.

---

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 4. S. 25. und Bd. 8. S. 158. 165.

Digitized by Google

Das auf dem Wohnhause des Bürstenmachers Friedrich K. aus der Urkunde vom 27. Januar 1849 für die unverehelichte Christine S. in das Hypothekenbuch unter Rubrika III. No. 5. eingetragene, mit vier Prozent verzinsliche, durch Cession vom 14. Mai 1849 auf den Gastwirth Daniel K. übergegangene Darlehn von 950 Rthlrn. war von dem letzteren auf Höhe von 500 Rthlrn. mit dem Vorzugsrechte vor dem Ueberreste laut Cession vom 13. Dezember 1849 an den Rentier W. abgetreten. Sowohl vor als nach dieser Cession an W. machten mehrere Gläubiger des Daniel K. auf die Forderung der 950 Rthlr. resp. auf den Ueberrest derselben im Betrage von 450 Rthlrn. im Wege der Exekution theils Arreste aus, theils ließen sie sich im Exekutionswege entsprechende Beträge der Forderung überweisen, auch wurden einige dieser Ueberweisungen im Hypothekenbuche vermerkt. Die Ueberweisungen geschahen der Zeit nach in folgender Ordnung:

1. für den Schankwirth A. durch die Verfügung vom 10. Mai 1849 in Kraft der Assignation auf Höhe von 243 Rthlrn. 12 Sgr. 4 Pf. nebst Zinsen und Kosten, welche Forderung hiernächst durch Cession vom 5. Februar 1851 auf den Schneidermeister G. überging;
2. für die M.'schen Erben durch die Verfügung vom 18. Dezember 1849 in Kraft der Assignation auf Höhe eines Kapitals von 171 Rthlrn. und der Zinsen von 24 Rthlrn. 22 Sgr. 9 Pf. nebst Kosten, und später, durch die Verfügung vom 17. Oktober 1850, in Kraft der Cession, worauf die Eintragung dieser Ueberweisung in das Hypothekenbuch zufolge Verfügung vom 8. November 1850 erfolgte;
3. für den Webermeister S. durch die Verfügung vom 25. Juli 1849 in Kraft der Assignation auf Höhe von 54 Rthlrn. 3 Sgr. und demnächst durch die Verfügung vom 17. Oktober 1850 in Kraft der Cession auf Höhe von 60 Rthlrn. 2 Sgr. nebst Zinsen und Kosten, und

Digitized by Google

wurde auch diese Ueberweisung zufolge Verfügung vom 8. November 1850 in das Hypothekenbuch eingetragen;

4. für den Kommissionär J. durch Verfügung vom 21. Januar 1851 in Kraft der Assignation auf Höhe von 73 Rthlrn. 9 Sgr. 6 Pf. und demnächst durch Verfügung vom 9. März 1851 in Kraft der Cession auf Höhe von 73 Rthlrn. 9 Sgr. 6 Pf. nebst Kosten, welche Ueberweisung gleichfalls und zwar zufolge Verfügung vom 30. März 1851 in das Hypothekenbuch eingetragen wurde.

In Folge dieser Arrestschläge und Ueberweisungen zahlte der Eigenthümer Friedrich K. die Zinsen des Kapital-Restes von 450 Rthlrn. zum gerichtlichen Depositum. Demnächst wurde auf den Antrag des Rentier W. das Haus des Friedrich K. nothwendig subhastirt, und bei der Kaufgelderbelegung am 15. Juli 1853 auf das Kapital der 950 Rthlr. nebst fälligen Zinsen der Betrag von 1048 Rthlrn. 16 Sgr. 9 Pf. bezahlt. Dieser Betrag reichte selbst mit Hinzurechnung der früher von dem Friedrich K. zum Depositum gezahlten Zinsen zur Befriedigung der Liquidate nicht aus, weshalb über beide zu einer gemeinsamen Spezialmasse genommenen Massen von den Liquidanten ein Prioritätsstreit erhoben wurde.

Das Gericht erster Instanz erkannte hierauf, daß die Liquidanten in nachfolgender Weise zu befriedigen:

1. der Rentier W. mit dem Liquidate von 500 Rthlrn. nebst Zinsen und Kosten; derselbe wurde jedoch für schuldig erklärt, die Befriedigung des Schneidermeisters G. aus seinem Perzipiendum insoweit geschehen zu lassen, als dieser Liquidant in der festgesetzten Reihefolge einen Ausfall erleide;
2. die Erben des Rentiers M. mit dem Liquidate von 195 Rthlrn. 22 Sgr. 9 Pf. nebst Zinsen und Kosten;
3. der Webermeister S. mit 60 Rthlrn. 2 Sgr. nebst Zinsen

Digitized by Google

und Kosten; und zwar die Erben des M. und der S. mit gleicher Priorität nach Verhältniß ihrer Liquidate;
4. der Kommissionär J. mit 75 Rthlrn. 28 Sgr. 6 Pf.;
5. der Schneidermeister G. mit 243 Rthlrn. 12 Sgr. 4 Pf. nebst Zinsen und Kosten, auch wurde derselbe für berechtigt erachtet, seine Befriedigung aus dem Perzipiendum des Rentier W. zu verlangen, insoweit sie in der festgesetzten Reihefolge nicht erfolge.

Gegen diese Entscheidung appellirte W., weil der Forderung des Schneidermeisters G. von 243 Rthlrn. 12 Sgr. 4 Pf. mit Zinsen und Kosten, welche eventuell aus seinem, des W., Perzipiendum zu befriedigen war, die Forderungen der Erben M., des Webermeisters S. und des Kommissionärs J. vorgehen sollten.

Der Richter zweiter Instanz bestätigte das erste Urtheil. In den Gründen dieses Urtheils wurde ausgeführt: daß der A.'schen, jetzt M.'schen Forderung im Betrage von 243 Rthlrn. 12 Sgr. 4 Pf. nebst Zinsen und Kosten kein Vorrecht vor den Forderungen der Erben M., des S. und des J. zukomme, weil eine Ueberweisung in Kraft der Assignation nach § 15. der Exekutions-Verordnung vom 4. März 1834 nur das in dem § 447. I. 50. der Allgem. Gerichts-Ordnung bestimmte Vorrecht der fünften Klasse verleihe, wogegen die im Wege der Exekution durch richterliche Verfügung ertheilten Rechte der Cession den Gläubiger ebenso zum Inhaber der Forderung machten, wie die freiwillige Cession des früheren Inhabers, und wenn ein Gläubiger durch Ueberweisung solcher Art Inhaber der Forderung werde, nicht ein anderer Gläubiger noch auf dieselbe Forderung, sei es durch freiwillige oder richterliche Cession, dieselben Rechte erlangen könne. Hieraus ergebe sich, daß von Prioritätsrechten des G. gegenüber allen andern Gläubigern nicht weiter die Rede sein könne. Diese letztern seien durch Cession Inhaber der Forderung geworden — und zwar nach § 7. des Gesetzes vom 4. Juli 1822 nur nach

Digitized by Google

Maaßgabe der Ueberweisungs= (Cessions=) Urkunde mit dem jedesmaligen Vorzugsrechte vor dem Ueberreste. G. könne allerdings für seine Forderung aus der Assignation das Recht der fünften Klasse in Anspruch nehmen — und zwar auf Grund des § 15. der Verordnung vom 4. März 1834 und des § 447. I. 50. der Allgem. Gerichts=Ordnung, auch würde ihm aus dem Gesetz vom 4. Juli 1822 das Vorzugsrecht gegen andere Ueberweisungen derselben Art zugestanden werden können. Jedoch gegen die drei Gläubiger: M.'sche Erben, S. und J., stehe ihm ein Vorzugsrecht nicht zu, weder in Beziehung auf die Qualität seiner Forderung, noch aus der Anweisung. Jene ihm gegenüberstehenden Gläubiger hätten für ihre Forderungen Ueberweisungen in Kraft der Cession erlangt, diese seien dadurch auf Höhe ihrer Forderungen Eigenthümer oder Inhaber derselben geworden, und sie hätten ihre Cessionsrechte in das Hypothekenbuch eintragen lassen. Namentlich erscheine es gleichgültig: ob M., S. und J. von der G.'schen Anweisung zur Zeit der Eintragung ihrer Ueberweisung Kenntniß gehabt hätten, oder nicht. Mit Recht habe der erste Richter hier zwischen einer vertragsmäßigen Ueberweisung mittelst Cession und einer gerichtlichen Ueberweisung im Wege der Exekution unterschieden.

Der Rentier W. beschuldigte in der von ihm gegen das Appellations=Urtheil erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde den Appellations=Richter, die oben in der Ueberschrift enthaltenen Rechtsgrundsätze und die daselbst bezogenen Gesetze verletzt zu haben.

Das Ober=Tribunal hat das Appellations=Urtheil vernichtet und das Prioritäts=Erkenntniß erster Instanz dahin abgeändert, daß die Forderung des G. von 243 Rthlrn. 13 Sgr. 4 Pf. nebst Zinsen und Kosten vor den Forderungen der drei Liquidanten: M.'schen Erben, S. und J., aus der disponiblen Masse zu befriedigen.

Gründe:

Das Gesetz vom 4. Juli 1822 bestimmt den modus der

Digitized by Google

exekutivischen Beschlagnahme von Aktivis. Sie wird durch die Ueberweisung, sei es auch nur zum Zwecke der Assignation, wobei durch die arrestatorischen Verfügungen das Aktivum der Disposition des Gläubigers überhaupt entzogen, und, dem prätorischen Pfandrechte entsprechend, dem Beschlagnehmenden das Vorrecht der fünften Klasse im § 15. der Verordnung vom 4. März 1834 gegeben wird. Natürlicherweise kann nun eine weitere Cession des Aktivi seitens des Gläubigers nur mit der Maaßgabe geschehen, daß der Cessionar kein stärkeres Recht erwirbt, als dem Cedenten zustand, daß er sich also, wie dieser, die Wirkung der Beschlagnahme und des dadurch für den Beschlagnehmenden entstandenen prätorischen Pfandrechts gefallen lassen muß. Tritt diese Folge bei einer vertragsmäßigen Cession ein, so muß sie um so viel mehr bei einer Cession eintreten, die vermöge der positiven Vorschrift des § 6. a. a. O. ohne Vertragsabschluß auf Antrag des Extrahenten vermöge richterlicher Verfügung erfolgt. Ist diese der Cession insofern gleichgestellt, daß sie deren Stelle vertritt, so folgt doch eben hieraus, daß sie keine ausgedehnteren, günstigeren Wirkungen zu Gunsten des Cessionars hervorbringen kann, als die eben vertragsmäßige Cession selbst.

Daß die G.'sche Ueberweisung im Hypothekenbuche bei dem fraglichen Aktivum nicht vermerkt war, während die spätere Cessions-Ueberweisung der Imploraten allerdings intabulirt worden, würde dem Vorzugsrechte der G.'schen Ueberweisung entgegenstehen, wenn nicht eine Kenntniß desselben seitens der Imploraten vor der Cessionserwerbung oder zur Zeit derselben hinzuträte, wie diese behauptet, was eben vom zweiten Richter für einflußlos erachtet worden ist. Nach dem allgemeinen im § 5. I. 19. des Allgem. Landrechts ausgesprochenen Prinzipe, welches bei Arrestanlagen hypothekarischer Forderungen in den §§ 233. 234. der Hypotheken-Ordnung ausdrücklich anerkannt ist, hat diese Kenntniß des Rechts des G. die Folge, daß der Cessionserwerber auf den Glauben des Hypothekenbuchs sich

Digitized by Google

nicht berufen kann. Läßt man die Berufung auf den Glauben des Hypothekenbuchs einem Cessionar aus § 6. überhaupt zu, so liegt es doch in der Sache, daß die Vorschriften wegen des Einflusses der mala fides daneben ihre Geltung haben.

Die Erwägung, daß ja auch der G. sich habe die Forderungen im Wege der Cession überweisen lassen, und solchergestalt ein stärkeres Recht habe erlangen können, hat hiergegen kein Gewicht. Das Gesetz verpflichtet den Exekutionssucher zur Erhaltung seines Rechtes keinesweges zur Cessions-Ueberweisung, deren er sich nur dann bedienen wird, wenn entweder das Aktivum ganz sichere Aussicht der Befriedigung giebt, oder außer demselben von dem Exequenden Nichts zu erlangen ist. Der, welcher sich zu diesem Schritte nicht versteht, läuft also nicht Gefahr, unter den späteren Versuchen eines anderen Exekutionssuchers sein aus § 3. erlangtes Recht gefährdet zu sehen, und wenn der Extrahent einer Cessions-Ueberweisung bei dem gestellten Antrage oder vor Erlaß der Ueberweisungsverfügung von diesem Rechte wußte, oder auch nur, wenn die die Cession erst vollendende richterliche Verfügung eben die Existenz desselben ergiebt, so befindet sich der Cessionserwerber ganz in dem Falle des § 234. der Hypotheken-Ordnung.

Aus diesen Gründen muß das Erkenntniß vernichtet werden.

In der Sache selbst kommt es, da den Imploraten die mangelnde Eintragung der G.'schen Ueberweisung und ihr durch die Intabulation erworbenes Recht zur Seite steht, nach der obigen Ausführung lediglich auf die vorhandene Kenntniß von der früheren Ueberweisung an.

(Es wird hierauf diese Kenntniß näher nachgewiesen, und heißt es sodann weiter:)

Hiernach stellt sich die Reihenfolge der Liquidanten, wie sie im Tenor festgestellt worden, da nach den §§ 15. und 21. des Gesetzes vom 4. März 1834 die Priorität sich nach der Reihenfolge der Ueberweisungen richtet.

Digitized by Google

No. 71. — III. Senat. Sitzung v. 8. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Beuthen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Ratibor.

Eigenthum des Grundbesitzers in Schlesien an den Eisenerzen. Wirkung eines Regulirungs-Rezesses hinsichtlich der von dem Gutsherrn vor Verkündigung des Gesetzes vom 2. März 1850 aufgeschlossenen Erzförderungen.

a. In Schlesien stehen dem Eigenthümer des Grund und Bodens die Eisenerze zu, wenn von dieser Regel keine Ausnahme von einem angeblich vorzugsweise Berechtigten nachgewiesen wird.*

Schlesischer Bergwerksvertrag v. 1. April 1534 No. XII. (Schmidt, Chronol. Samml. Abth. 1. Bd. 1. S. 168); Schlesische Bergwerks-Ordnung Kaiser Rudolph II. vom 5. Februar 1577 (Brachvogel, Bd. 3. Seite 709.); Maximilianischer Schlesischer Bergvergleich vom 18. September 1577 (Schmidt, Chronol. Samml. Abth. I. Bd. 3. Seite 293.); Schlesische Bergordnung vom 5. Juni 1769 Kap. I. § 2. (N. C. C. Tom. 4. Kol. 317. ff., Rabe, Sammlung Band 1. Abth. 3. S. 168.); Landtagsabschied für Schlesien vom 30. Dezember 1831.

b. Ist weder bei dem Auseinandersetzungs-Verfahren, noch in dem Rezesse über die Regulirung des Eigenthums-Verhältnisses des Besitzers einer bäuerlichen Stelle dem Gutsherrn das Recht auf die vor Verkündigung des Gesetzes vom 2. März 1850 aufgeschlossenen Erzförderungen vorbehalten, noch auch eine desfallsige Entschädigung für den Stellenbesitzer verabredet worden, so kann jenes Recht nicht mehr geltend gemacht werden.

Verordnung vom 20. Juni 1817 § 170. (Gesetz-Sammlung S. 161.); Ablöse-Gesetz vom 2. März 1850 § 88. (Gesetz-Sammlung S. 77.)

---

* Vergl. Präjudiz No. 45. (III. Senat) vom 14. Februar 1834, Präj.-Samml. S. 300., und den Rechtsfall No. 72. S. 303. dieses Bandes.

Digitized by Google

Joseph M. besaß eine uneigenthümliche Gärtnerstelle zu R. im Bereiche der Herrschaft N. in Schlesien, deren Eigenthum seinen Erben durch den zwischen ihnen und dem Gutsherrn am 6. Juni 1851 errichteten und am 30. August 1853 bestätigten Rezeß verliehen wurde. Da der Graf H. v. D. auf den Grundstücken dieser Stelle Eisenerze förderte, so sahen sich die Erben des Joseph M. veranlaßt, klagend gegen den Grafen H. v. D. darauf anzutragen, denselben zu verurtheilen, sich der Eisenerzförderung auf den zu ihrer Gärtnerstelle gehörigen Grundstücken zu enthalten und für die beschädigte Oberfläche und die Aussaat die im besonderen Verfahren zu ermittelnde Entschädigung zu bezahlen. — Der Verklagte wendete ein, daß er zur Eisenerzförderung auf den Grundstücken der Kläger berechtigt sei und führte zum Nachweise dieser Berechtigung an:

1. daß ihm als Besitzer der Herrschaft R. auch im Bereiche der Herrschaft N. auf den Grund der zwischen den Gebrüdern Grafen v. H. am 19. Mai 1665 und 17. Juni 1675 errichteten Verträge das ausschließliche Recht auf den Eisenstein zustehe;
2. daß die Erzlager in den Grundstücken der Kläger schon vor Emanation des Gesetzes vom 2. März 1850 aufgeschlossen gewesen und ihm daher nach § 88. jenes Gesetzes verbleiben müßten;
3. daß die Gutsherrschaft im § 3. jenes Rezesses das Eigenthum der Erze sich vorbehalten habe, indem es dort heiße: „Der Gutsherrschaft wird in Betreff der auf den Grundstücken der Stellenbesitzer sich etwa vorfindenden Steinkohlen, Galmei und sonstigen Erze, soweit dieselben bergmännisch gefördert werden, dasjenige Anrecht vorbehalten, welches dem Grundeigenthümer nach der bestehenden oder künftigen Berggesetzgebung an diesen Erzeugnissen zusteht."

Der Appellations-Richter erachtete in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter den einwandsweise vom Verklagten erhobenen Anspruch für unbegründet und erkannte daher nach dem

Digitized by Google

Klageantrage. Zunächst sei es, so führte derselbe aus, nach dem Gesetze vom 2. März 1850 unzweifelhaft, daß alle von der Gutsherrschaft von R. in früherer Zeit Dritten eingeräumten Befugnisse, welche das Eigenthum der Kläger nach dem Umfange jenes Gesetzes beeinträchtigen würden, den Klägern gegenüber nicht geltend gemacht werden könnten; durch den Rezeß hätten Kläger das volle Eigenthum der Stelle erhalten und erhalten müssen; zu diesem vollen Eigenthumsrechte aber gehöre auch das Recht auf die Fossilien, sofern solche nach den Landes- oder Provinzialgesetzen dem Eigenthümer des Bodens zuständen (§ 88. a. a. O.); dies sei in Betreff der Eisenerze der Fall, da sie für accessoria fundi erachtet werden müßten, auf welche den Rittergutsbesitzern in Schlesien, insofern diese Fossilien sich in den Grundstücken der bäuerlichen Einsassen befänden, kein Recht zustehe. Hiernächst führte der Appellations-Richter weiter aus, daß der im § 3. des Rezesses gemachte Vorbehalt sich nur auf solche Fossilien und Mineralien beziehe, welche zum Bergwerksregale gehörten, daß der Verklagte aber überhaupt aus dem Rezesse kein Recht geltend machen könne, weil er bei dessen Errichtung nicht zugezogen worden; es habe ihm nach der betreffenden gesetzlichen Bestimmung obgelegen, sich damals zu melden und seine Gerechtsame wahrzunehmen. Endlich nahm der Richter auch an, daß der § 88. des Gesetzes vom 2. März 1850 dem Verklagten nicht zur Seite stehe. Denn in dem Rezesse sei von keiner vor Verkündigung jenes Gesetzes bereits aufgeschlossenen Erzförderung die Rede, und man müsse daher annehmen, daß über aufgeschlossene Gruben nicht zu verhandeln gewesen sei, daß übrigens ein solcher Vorbehalt resp. Anspruch bei der Regulirung selbst gemacht und erörtert werden müsse, weshalb Verklagter jetzt nicht mehr damit gehört werden könne.

Der Verklagte bekämpfte in der von ihm erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zuvörderst den im Appellations-Urtheil ausgesprochenen Satz: „daß den Rittergutsbesitzern in Schlesien

auf Eisenerze, die in den Grundstücken der bäuerlichen Einsassen vorhanden sind, kein Recht zustehe, und die Eisenerze als accessoria fundi anzusehen seien." Er warf dem Richter unter Anderm vor, durch seine Ausführung rechtsgrundsätzlich gegen die Bestimmungen des Bergwerksvertrages vom 1. April 1534, des Maximilianischen Bergvergleiches vom 18. September 1575, der Rudolphinischen Schlesischen Berg-Ordnung vom 5. Februar 1577 und des § 2. Kap. I. der Berg-Ordnung vom 5. Juni 1769 durch unrichtige Anwendung, sowie gegen den Landtagsabschied vom 30. Dezember 1831 durch unterlassene Anwendung gefehlt zu haben. Bei der Besitznahme von Schlesien sei in dieser Provinz die Berg-Ordnung vom 5. Februar 1577 in Kraft gewesen und dieser habe der Bergvergleich vom 18. September 1575 zum Grunde gelegen, sowie der ältere Bergwerksvertrag vom 1. April 1534. Die Berg-Ordnung vom 5. Juni 1769 kündige sich nur als eine Revision der bis dahin bestandenen Gesetzgebung an, und es müßten daher alle privatrechtlichen Verhältnisse, die schon in der älteren Gesetzgebung ihre Begründung gefunden und durch die Berg-Ordnung von 1769 nicht ausdrücklich geändert worden, nach den früheren Gesetzen beurtheilt werden. Jedes Bedenken hierüber beseitige No. 12. des Landtagsabschiedes vom 30. Dezember 1831. Es ergebe sich nun aber aus den, in der Beschwerde allegirten Bestimmungen des Bergwerksvertrages von 1534, des Bergvergleiches von 1575 und der Berg-Ordnung von 1577, daß in Schlesien den Ständen, nämlich den Mitgliedern des angesessenen Herren- und Ritterstandes, die Eisenförderung als ein grundherrliches Regal gebühre.

Das Ober-Tribunal hat die Richtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Das Eisen ist in Schlesien vom Regal ausgeschlossen, — § 2. Kap. 1. der Berg-Ordnung vom 5. Juni 1769, — indem dort gesagt ist: „Es verbleiben aber den Dominiis alle

Digitized by Google

Eisenerze u. s. w.“, und es ist in vielfachen Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes bereits überzeugend ausgeführt, daß unter dem Ausdrucke: »Dominium« nur die Eigenthümer der Grundstücke zu verstehen, in und auf welchen sich die dem Staate nicht vorbehaltenen Fossilien befinden. Wenn nun auch insbesondere nach der von dem Imploranten allegirten Stelle des Landtagsabschiedes vom Jahre 1831 anzunehmen, daß der Zweck der Berg-Ordnung nur dieser gewesen, das Rechtsverhältniß des Staats zum Privateigenthümer des Grundes und Bodens zu bestimmen, die Berg-Ordnung aber in Bezug auf das Rechtsverhältniß zwischen den Gutsherrschaften und den Rustikalstellenbesitzern über die Benutzung der dem Regal nicht unterworfenen Fossilien keine Vorschrift enthält, so ergiebt sich aus dem § 2. a. a. O. mit Rücksicht auf die Bedeutung des Ausdruckes: »Dominium« der Grundsatz:

daß dem Eigenthümer des Grundes und Bodens die Eisenerze zustehen, wenn von dieser Regel keine Ausnahme von einem angeblich vorzugsweise Berechtigten nachgewiesen wird.

Der Implorant behauptet, daß ein solches Vorrecht der Gutsherrschaft für das ganze Areal der Rittergüter mit Einschluß der Rustikalgrundstücke provinzialrechtlich bestehe, jedoch mit Unrecht. Die Berg-Ordnung von 1769 spricht nicht für seine Behauptung, wie schon oben bemerkt ist. In der Rudolphinischen Berg-Ordnung von 1577 ist nichts Wesentliches enthalten. Es wird auch vom Imploranten auf dieselbe nur insofern Gewicht gelegt, als am Schlusse bestimmt ist:

Sonst aber und außer das wollen Wir sie, die Stände in Schlesien, in anderen Artikuln ihren eigenen Grund und Bergwerk halben der Bergwerksvergleichung, welche mit den Ständen unserer Krone Böheimb 1575 aufgerichtet ist, — allerdings auch genossen ꝛc. lassen ꝛc.

und der Bergvergleich von 1575 wörtlich festsetzt:

Was aber außerhalb der Gölder und Silber sonst auf

der Landsassen, des Herrn- und Ritterstandes auch der Prager bei der alten und neuen Stadt Gründen für andere weniger metallische und mineralische Bergwerk in esse sein, oder noch künftig aufkommen möchten, als Zinn, Eisen betrifft, die sollen einem jeden derselben Grundherren zu seiner Selbstgenießung des ganzen Zehends und anderer Bergwerksgerechtigkeiten in Kraft dieser neuen Vergleichung freigelassen sein.

Die Folgerung des Imploranten aus diesem Vergleiche erscheint nicht gerechtfertigt. Es läßt sich in ihm keine ausdrückliche Bestimmung finden, wonach den größeren Grundbesitzern, das ist den Rittergutsbesitzern, ein Vorrecht, wie es vom Verklagten in Anspruch genommen wird, zugestanden worden wäre, und doch bedurfte es einer solchen ausdrücklichen Bestimmung zur Begründung jenes Vorrechts. In der betreffenden Stelle ist auch nur von Bergwerken die Rede, welche auf den Gründen der Landsassen sind oder aufkommen möchten, und auch blos des Rechts auf Genießung des ganzen Zehnten gedacht, und die „andern Bergwerksgerechtigkeiten", welche den Ständen zustehen sollen, sind nicht speziell angegeben.

Aus dem Bergwerksvertrage vom Jahre 1534 kann der Implorant für sich Nichts herleiten, denn er betrifft blos das Königreich Böhmen und ist auch in der Berg-Ordnung von 1577 nicht in Bezug genommen.

Dem Appellations-Richter wird außerdem von dem Imploranten vorgeworfen, er habe durch die Ausführung, daß die Gutsherrschaft ein Recht auf die vor Verkündigung des Gesetzes vom 2. März 1850 aufgeschlossenen Erzförderungen nicht beanspruchen könne, weil darüber weder besonders verhandelt, noch deshalb ein besonderer Vorbehalt gemacht, oder eine Entschädigung für den Stellenbesitzer verabredet worden, den § 88. Satz 2. des Gesetzes vom 2. März 1850 verletzt. Implorant behauptet, daß es jener Verabredungen oder eines Vorbehalts nicht bedürfe, vielmehr die Thatsache des vor Emanation des Gesetzes vom 2. März 1850 erfolgten Aufschlusses der mine-

Digitized by Google

ralischen Lagerstätten genüge, um das der Gutsherrschaft verbleibende Förderungsrecht zu begründen. Es kann jedoch dem Richter eine unrichtige Anwendung resp. Auslegung jenes Gesetzes nicht zur Last gelegt werden. Es ist dort bestimmt:

> Die von der Gutsherrschaft vor Verkündigung des gegenwärtigen Gesetzes auf bäuerlichen Gründen aufgeschlossenen mineralischen Lagerstätten, Erzförderungen und Gruben verbleiben der Gutsherrschaft, vorbehaltlich der den Stellenbesitzern zu gewährenden, durch Schiedsrichter festzustellenden Entschädigung für die ihm entzogene Benutzung und die Verschlechterung der Bodenfläche.

In Erwägung, daß in dem letzten Satze des § 88. gesagt ist:

> In allen anderen, nicht aus den hier zu regulirenden Eigenthumsverhältnissen herzuleitenden, Beziehungen verbleibt es bei den Bestimmungen der Berggesetzgebung,

hiernach also bei der Auseinandersetzung insbesondere die Eigenthumsverhältnisse zu reguliren, diese Regulirung auch einen Hauptbestandtheil der Auseinandersetzung bildet, endlich auch die dem Stellenbesitzer zu gewährende Entschädigung als eine gutsherrliche Gegenleistung anzusehen, die bei Feststellung der von jenem zu entrichtenden Rente in Anrechnung zu bringen, ist es nicht zu bezweifeln, daß bei der Auseinandersetzung selbst und hiernächst im Rezesse das Erforderliche, namentlich die zu gewährende Entschädigung festzusetzen, wenn in Gemäßheit des § 88. a. a. O. der Gutsherrschaft die aufgeschlossenen Erzförderungen verbleiben sollen.

Ist nun aber von einem Rechte die Rede, welches der Gutsherrschaft in Bezug auf die Regulirung zuständig gewesen und daher bei der Regulirung geltend gemacht werden mußte, so steht der § 170. der Verordnung vom 20. Juni 1817 der nachträglichen Geltendmachung eines solchen Rechts allerdings entgegen.

Digitized by Google

No. 72. — III. Senat. Sitzung v. 9. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Kreutzburg.

Störung des Besitzes des Rechts zum Bau nicht regaler Fossilien auf einem fremden Grundstücke. — Beschränkung der Regel der Ausschließlichkeit des Rechts des Bergbauenden auf edle regale Metalle.

a. Aus dem blos thatsächlich ausschließlichen Bau nicht regaler Fossilien auf einem fremden Grundstücke ist der Besitz des Rechts, mit Ausschluß des Grundeigenthümers den Bau zu betreiben, nicht zu folgern. Daher ist zum Beweise der Störung des Besitzes des ersteren durch Bergbau-Anlagen des letzteren der Nachweis eines besonders erworbenen Untersagungsrechts oder des unmittelbaren Eingriffes in den Besitz des Berechtigten erforderlich.*

A. L. R. I. 7. §§ 82. ff. 86. 87. 146. 150.

b. Der § 170. II. 16. des Allgem. Landrechts über die Beleihung des Finders oder Muthers beim Bergbau bezieht sich lediglich auf edle regale Fossilien, und findet auch eine analoge Anwendung desselben auf nicht regale Fossilien und deren Förderung, z. B. auf Eisenstein in Schlesien, nicht statt.**

A. L. R. II. **16.** § 170.

Der Königliche Domänenfiskus hatte in dem Vertrage von 1796, durch welchen er das Bauergut No. 1. zu B. in Schlesien an den F. verkaufte, sich das Recht des Erzgrabens vorbehalten und seitdem auch ausgeübt. Er hielt sich hierzu ausschließlich für berechtigt. Als daher der Mechanikus S., welchem

* Vergl. den Rechtsfall No. 77. S. 323. dieses Bandes.
** Vergl. den Rechtsfall No. 71. S. 296. dieses Bandes.

Digitized by Google

der Besitznachfolger des F. durch den Vertrag vom 11. Dezember 1854 ebenfalls das Recht der Erzförderung auf dem ganzen Ackerlande seines Bauergutes eingeräumt hatte, hiernächst auf demselben drei Schachte einschlagen ließ und die Erzförderung in Betrieb nahm, stellte Fiskus gegen denselben die Besitzstörungsklage an. — Der Richter erster Instanz verurtheilte den Verklagten, sich bei 20 Rthlrn. Strafe des ferneren Erzbergbaues in den drei Schachten zu enthalten.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das erste Urtheil vernichtet und den Kläger abgewiesen — aus nachstehenden

Gründen:

Der Appellations-Richter stellt thatsächlich nach dem Zugeständnisse des Verklagten fest:

daß Kläger auf dem s. g. Erzförderungsplatze von B. schon seit länger als zehn Jahren den Bau auf Eisenerze ruhig und ungestört ausgeübt habe und noch gegenwärtig ausübe, und daß Verklagter gleichwohl in neuester Zeit — im Januar 1855 — auf demselben Platze drei neue Schachte für seine eigene Rechnung eingeschlagen habe, von denen der eine nur 20 Schritt von einem fiskalischen Schacht entfernt sei, und daß Verklagter in diesen Schachten seitdem für eigene Rechnung den Bau auf Eisenerze betreibe.

Aus dieser thatsächlichen Feststellung des Vorderrichters folgt Nichts für die der Klage zum Grunde liegende Behauptung des Klägers: sich im Besitze des Rechts zu befinden, mit Ausschluß des Grundeigenthümers, resp. des Imploranten als seines Rechtsnachfolgers, den Eisenerzbau auf dem in Rede stehenden Platze betreiben zu dürfen. Hierzu hätte es nach der richtigen Hinweisung des Imploranten auf Seiten des Klägers des Nachweises bedurft: sich im Besitz eines wider den Eigenthümer, beziehungsweise den Imploranten, erworbenen Unter-

Digitized by Google

sagungsrechts — § 86. I. 7. des Allgem. Landrechts — zu befinden, was in der Klage weder behauptet noch bescheinigt ist. Mindestens hätte nachgewiesen und beziehungsweise festgestellt werden müssen: daß die als Besitzstörung inkriminirte und richterlich zu inhibirende Disposition des Imploranten in den Besitz des Klägers unmittelbar eingreife und denselben aufhebe, — vergl. No. 7. der Zusammenstellung im Justiz-Ministerialblatt für 1854, S. 102. Auch an dieser Feststellung gebricht es dem vorderrichterlichen Urtheile. Mit dem Vorderrichter aber die Ausschließlichkeit des von dem Kläger prätendirten Rechtsbesitzes mit Hinweisung auf § 170. II. 16. des Allgem. Landrechts aus der Natur des Bergbaues folgern zu wollen, ist schon deshalb unrichtig, weil der § 170. a. a. O. nur auf den Bau edler regaler Fossilien zu beziehen ist, und eine analoge Anwendung auf nicht regale Fossilien und deren Förderung, wohin für Schlesien auch der Eisenstein gehört, nicht gestattet.

Hiernach ist daher im vorliegenden Falle weder der behauptete ausschließliche Besitz, noch eine dem Imploranten zur Last fallende Störung festgestellt, und der Vorderrichter, der dies verkennt, mit dem vom Fiskus behaupteten negativen Recht nach der Natur des Letztern den Besitz eines Untersagungsrechts von selbst für verbunden erachtet und deshalb den Imploranten zur Einstellung seines Bergbaues und zur Unterlassung desselben verurtheilt, hat sich damit in der That einer Verletzung der Vorschrift der §§ 82. ff. 86. 87. 146. 150. I. 7. und des § 170. II. 16. des Allg. Landrechts sowie des Rechtsgrundsatzes schuldig gemacht: daß bei Besitzstreitigkeiten nur der Besitz, nicht das Recht zum Besitz, entscheidet. Seine Entscheidung mußte daher vernichtet, in der Sache selbst aber Fiskus mit der erhobenen Possessorienklage abgewiesen werden, da seine unter Beweis gestellte Behauptung in der Klage: „auf allen Flächen des Freigutes B. bis in die neueste Zeit ungestört für eigene Rechnung unter Ausschluß jedes Dritten Eisenerze gefördert zu haben,"

Digitized by Google

die oben hervorgehobenen Mängel in der thatsächlichen Begründung der Possessorienklage nicht beseitigt.

Es muß dem Kläger überlassen bleiben, die Frage über die Grenzen seiner Befugnisse in dem, wie die Klage erwähnt, bereits angestrengten Petitorienprozesse zur Entscheidung zu bringen.

No. 73. — III. Senat. Sitzung v. 9. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Hagen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Beschränkung der Anwendbarkeit der Provinzialgesetze und Statuten auf Privat- und Vermögensrechte. — Erwerb von Bergwerks-Eigenthum seitens der Bergbeamten, deren Ehefrauen und Kinder.

a. Die Vorschrift des § 3. des Publikations-Patents vom 5. Februar 1794 über die fernere Gültigkeit der Provinzialgesetze und Statuten bezieht sich zunächst und hauptsächlich nur auf Privat- und Vermögensrechte.*

A. L. R. Publ. Patent vom 5. Februar 1794 §§ 1. 3.

b. Bergbeamten, deren Ehefrauen und unter ihrer väterlichen Gewalt befindlichen Kindern ist die Erwerbung von Bergwerks-Eigenthum und Antheilen an Muthungen untersagt; die entgegengesetzte Bestimmung der Kleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April 1766 Kap. 31. hat keine Gültigkeit mehr.

A. L. R. II. 16. §§ 138. 139.; Kabinets-Order v. 20. Januar 1806 und 2. November 1808. (Steinbeck, Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts; Gräff, Handbuch des Preußischen Bergrechts, Anhang S. 34.)

Der Fahrsteiger H. zu E. in der ehemaligen Grafschaft

* Vergl. Entscheidungen Bd. 6. S. 86.

Digitized by Google

Mark klagte gegen den Amtmann S. auf Zuerkennung verschiedener Bergwerksantheile, die er durch Vertrag erworben zu haben behauptete. — Die Richter erster und zweiter Instanz wiesen den Kläger ab. Der zweite Richter nahm an, daß Kläger wegen des Verbots im § 138. II. 16. des Allgem. Landrechts die streitigen Bergwerksantheile nicht habe erwerben können.

Die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist von dem Ober-Tribunal verworfen worden.

Gründe:

Die Entscheidung auf die eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hängt von der Frage ab:

ob Bergbeamte Antheile an Bergwerken und Muthungen erwerben können?

Die Beantwortung dieser Frage kann deshalb zweifelhaft erscheinen, weil die Kleve-Märkische Berg-Ordnung vom 29. April 1766 den Bergbeamten die Erwerbung von Bergwerkseigenthum unter gewissen Beschränkungen gestattet, während das Allgemeine Landrecht denselben die Betheiligung beim Baue von Bergwerken ohne ausdrückliche Genehmigung der vorgesetzten Behörde bei Strafe der Konfiskation untersagt. Die gedachte Berg-Ordnung enthält nämlich im Kap. 31. nachstehende Bestimmung:

> Ob zwar in dem vorigen von Unsern Vorfahren christmildestens und glorwürdigsten Andenkens aufgerichteten und renovirten Berg-Ordnungen enthalten, daß Unsern Bergbeamten sammt und sonders, so lange dieselbigen Votum und Sessionem bei dem Bergwerks-Kollegio haben, keine Bergtheile bauen sollen, Uns aber allerunterthänigst berichtet worden, daß auf andern alten und berühmten Bergwerken dergleichen Verordnung schon vorlängst aufgehoben worden: so wollen Wir auch Unsern Bergbeamten sammt und sonders den Segen Gottes, der durch Bergwerke zu hoffen, in

Digitized by Google

allerhöchsten Gnaden gönnen, und in der besondern Hinsicht, daß durch ihr Exempel noch viele fremde Bergleute und Bergwerksliebhaber zu so mehrerem Bau und Fortsetzung aufgenommener Bergwerke annimirt werden, denselben erlauben, daß dieselben einige Kuxe mitbauen und von anderen Gewerken kaufen oder sonst redlicher Weise an sich bringen können, jedoch wird ihnen verboten, daß keiner eine Zeche ganz oder halb, oder zu einem vierten Theil baue, auch daß sie sich in keine Zechen oder Stellen einmengen sollen, welche streitig sein.

Das später erschienene Allgem. Landrecht verordnet dagegen im § 138. II. 16.:

> Bergbeamte hingegen sollen bei Strafe der Konfiskation nur unter ausdrücklicher Genehmigung des Bergwerks- und Hütten-Departements an dem Bau als Gewerken Antheil nehmen,

und der folgende § 139. bestimmt, daß diese Genehmigung nur auf eine gewisse Anzahl von Kuxen, welche den vierten Theil einer Zeche niemals übersteigen darf, ertheilt werden könne. Der Appellations-Richter sieht dieses Gesetz als ein aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt erlassenes, dem früheren provinzialrechtlichen Rechtsgrundsatze derogirendes Verbotsgesetz an, welches für das ganze Staatsgebiet als Norm gelten müsse, und hauptsächlich hiergegen ist der Angriff des Imploranten gerichtet, indem er behauptet:

> der Appellations-Richter habe den § 138. II. 16. des Allg. Landrechts durch unpassende, und das Kap. 31. der Berg-Ordnung, den § 61. der Einleitung zum Allgem. Landrecht und die Art. 1. u. 2. des Publikations-Patents vom 5. Februar 1794 durch Nichtanwendung verletzt.

Dieser Angriff kann jedoch nicht für begründet erachtet werden. Zwar ist einzuräumen, daß nach §§ 1. und 3. des Publikations-Patents vom 5. Februar 1794 das Allg. Landrecht auch in Beziehung auf das darin enthaltene Bergwerksrecht im

Digitized by Google

Allgemeinen nur subsidiarische Natur habe. Es bestehen daneben die besonderen Provinzialgesetze und Statuten, § 61. der Einleitung zum Allgem. Landrecht, und nach den geschichtlichen Vorbemerkungen zu Steinbeck's Ergänzungen und Erläuterungen des Allgem. Landrechts II. 16. Abschnitt 4. Seite 3. ist der Plan des Ministers von Heinitz bei der Redaktion des Allgem. Landrechts, die in dasselbe aufzunehmenden bergrechtlichen Vorschriften als Gemeines Preußisches Bergrecht gelten, auch die daneben stehen bleibenden einzelnen provinziellen Bestimmungen in die Provinzialgesetzbücher verweisen zu lassen, nicht durchgesetzt worden. Allein diese subsidiäre Natur des Allgem. Landrechts bezieht sich, wie der § 3. des Publikations-Patents vom 5. Februar 1794 ergiebt, zunächst und hauptsächlich nur auf Privat- und Vermögensrechte, dergleichen Rechtsangelegenheiten sollen zunächst nach den Provinzialgesetzen und Statuten und erst in deren Ermangelung nach den Vorschriften des Allgem. Landrechts beurtheilt und entschieden werden, — vergl. Entscheidungen Bd. 6. S. 86., und es erscheint bedenklich, diese subsidiäre Natur des Allgem. Landrechts auch da anzunehmen, wo es sich um ein aus Gründen der öffentichen Wohlfahrt und Ordnung erlassenes, die Beamten einer bestimmten Kategorie betreffendes Verbotsgesetz handelt. Abgesehen davon sprechen sich zwei später ergangene Allerhöchste Kabinets-Orders vom 20. Januar 1806 und 2. November 1808, deren Inhalt in Steinbeck's Ergänzungen zum § 138. II. 16. des Allgem. Landrechts, sowie in Gräff's Handbuch des Preußischen Bergrechts, Anhang Seite 34., mitgetheilt wird, ganz bestimmt über die vorliegende Frage aus. Die erstgedachte Kabinets-Order untersagt den Königlichen Bergbeamten die Theilnahme am Bergbau für ihr eigenes Interesse gänzlich, die andere Kabinets-Order vom 2. November 1808 lautet:

Seine Königliche Majestät von Preußen geben der Immediat-Friedens-Vollziehungs-Kommission auf den Bericht

vom 8. vorigen Monats zu erkennen, daß die durch die Allerhöchste Verfügung vom 20. Januar 1806 bestimmte gesetzliche Einschränkung der Besitzfähigkeit der Berg-Offizianten in Ansehung der zu acquirirenden Berganthheile sich nur auf die Ehefrauen und die noch unter väterliche Gewalt stehenden Kinder der gedachten Berg-Offizianten erstrecken solle, insofern nicht bei weiter entfernten Verwandten derselben eine Kollision mit ihnen obwaltet. Höchst Dieselben autorisiren daher die ꝛc. Kommission, darnach das Bergwerks- und Hütten-Departement mit Anweisung zu versehen.

In Folge dieser Allerhöchsten Kabinets-Orders ist durch das damalige Ober-Landes-Gericht zu Kleve unterm 6. Mai 1817 im Amtsblatte der Königlichen Regierung zu Arnsberg S. 308. bekannt gemacht worden:

daß Berg-Offizianten, sowie deren Ehefrauen und die unter ihrer väterlichen Gewalt stehenden Kinder, nicht mehr befugt sein sollen, Bergwerksantheile eigenthümlich zu erwerben.

Hierin ist ein ganz allgemeines Verbot ausgesprochen. Die Bekanntmachung ist erlassen vom Ober-Landes-Gericht zu Kleve, zu dessen Bezirke die Grafschaft Mark, das Herzogthum Kleve und die Grafschaft Meurs gehörte, — vergl. Starke's Justiz-Verwaltungsstatistik, 2. Abtheilung Seite 400. Diese Landestheile sind aber gerade diejenigen, für welche die Berg-Ordnung vom 29. April 1766 gegeben worden, und jene Bekanntmachung würde gar keinen Sinn haben, wenn man annehmen wollte, daß das bekannt gemachte Verbot durch die im Kapitel 31. der Berg-Ordnung enthaltene Bestimmung ausgeschlossen sei. Das Vorstehende ergiebt, daß der Gesetzgeber die in der Berg-Ordnung den Bergbeamten ertheilte Erlaubniß, sich unter gewissen Beschränkungen beim Baue von Bergwerken zu betheiligen, später zurückgenommen und ihnen eine solche Betheiligung unbedingt untersagt hat. Hat daher ein Königlicher Berg-

Digitized by Google

beamter diesem Verbote zuwider Verträge über Erwerbung von Bergwerksantheilen geschlossen, denen auch Verträge über Erwerbung von Antheilen an Muthungen gleichgestellt werden müssen, da auch deren endlicher Zweck nur auf die Erwerbung von Bergwerkseigenthum gerichtet ist, so können solche Verträge, als einem Verbotsgesetze zuwiderlaufend, nicht für gültig erachtet werden.

Die vorstehende Ausführung wird auch in den Arbeiten der Gesetzrevisoren anerkannt.

Der Entwurf des Gemeinen Preußischen Bergrechts vom Jahre 1833 enthält im § 10. die Bestimmung, daß die vom Staate besoldeten Bergbeamten vom Erwerbe und Besitze des Bergeigenthums ausgeschlossen seien, und in den Motiven Seite 29. wird bemerkt, daß die Bestimmungen der Berg-Ordnungen sehr abweichend seien, daß aber die in den Kabinets-Orders von 1806 und 1808 enthaltenen Grundsätze als staatsrechtlich allgemeine Anwendung finden müßten. Demgemäß spricht sich auch der neuste Entwurf von 1846, welcher nach Berathung der Provinzial-Stände abgefaßt worden ist, im § 21. noch bestimmter dahin aus:

> Den vom Staate besoldeten Berg-, Hütten- und Salinenbeamten, deren Frauen und unter väterlicher Gewalt stehenden Kindern ist jede Betheiligung an Bergeigenthum untersagt. Die diesem Gebote entgegenstehenden Handlungen sind nichtig.

Hiernach können die gegen den Haupt-Entscheidungsgrund des Appellations-Richters erhobenen Angriffe nicht für begründet erachtet, und es muß die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen werden.

Digitized by Google

No. 74. — Kriminal-Senat, I. Abtheilung.

Sitzung vom 14. November 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Lauenburg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Cöslin.

Wiederholung der Beweisaufnahme in Injuriensachen im Audienztermine zweiter Instanz; Unterlassene Vorlesung des Audienzprotokolls.

Kann im Injurienprozesse die Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten des Verfahrens behauptet werden, wenn

1. der Appellations-Richter die Wiederholung der Beweisaufnahme durch nochmalige Vorlegung von Schriftstücken nicht angeordnet, sondern im Audienztermin brevi manu vorgenommen und
2. dieses Audienzprotokoll, auf welches er seine Entscheidung stützt, nicht vorgelesen hat?*

Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 101. 103. (Gesetz-Sammlung S. 209.); Verordnung v. 1. Juni 1833 § 36. (Gesetz-Sammlung S. 37.); Verordnung v. 14. Dezember 1833 Art. 5. No. 1. (Ges.-Samml. S. 302.)

Der Einwohner K. wurde von dem herrschaftlichen Holzwärter T. wegen Holzdiebstahls gepfändet und denunzirt. Er richtete demnächst an den Gutsbesitzer v. W., als Dienstherrn des T., am 27. November 1853 ein Schreiben, worin er denselben um Zurückgabe der ihm abgepfändeten Axt bat und gleichzeitig sich über den T. in einer Art äußerte, daß v. W. darin den Vorwurf von Pflichtwidrigkeiten gegen den T. fand und demselben das Schreiben zu seiner Verantwortung mittheilte. Der Holzwärter T. klagte deshalb gegen K. wegen Verläumdung. — Der erste Richter stellte thatsächlich fest, daß die Fassung des vom Verklagten an den Brodherrn des Klägers gerichteten Schreibens einen Zweifel darüber nicht aufkommen lasse,

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 12. S. 145.

Digitized by Google

daß die Absicht des Schreibers dahin gegangen sei, dem Kläger die wissentliche Gestattung der Defraudation an Brennmaterial aus der Forst seines Dienstherrn vorzuwerfen, daß ein solches Verfahren, dessen Wahrheit der Verklagte nicht einmal behauptet habe, den Kläger mit Bezug auf seine dienstliche Stellung und die ihm zur Last gelegte wissentliche Nichterfüllung seiner Dienstpflichten in der öffentlichen Meinung der Verachtung aussetzen würde, und erkannte deshalb gegen den K. auf die Strafe der Verläumdung. Derselbe appellirte und suchte die Deutung, welche der erste Richter seinem Schreiben beigelegt hatte, zu widerlegen. Der Appellations-Richter ordnete die Wiederholung der in erster Instanz durch Vorlegung des inkriminirten Schreibens stattgehabten Beweisaufnahme nicht an. Dagegen befindet sich auf dem Audienzprotokolle der Marginal-Vermerk, daß das Schreiben vom 27. November 1853 als Akt der Beweisaufnahme vorgelegt sei. Weder unter diesem Marginal-Vermerke noch unter dem Audienzprotokolle selbst findet sich ein Vermerk der erfolgten Vorlesung. Demnächst erkannte der Appellations-Richter auf Abweisung des Klägers, indem er annahm, daß der Inhalt des Schreibens vom 27. November 1853 nicht objektiv injuriös, und die Absicht zu beleidigen als vorhanden nicht anzunehmen sei.

In seiner Nichtigkeitsbeschwerde führte T. aus, die Wiederholung der Beweisaufnahme sei vom Appellations-Richter der Vorschrift des Artikel 101. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 zuwider nicht angeordnet. Die Anordnung derselben sei eine wesentliche Förmlichkeit des Injurienverfahrens gewesen, als solche für das Strafverfahren durch das Erkenntniß des Kriminalsenates des Ober-Tribunals vom 22. Juni 1853 (Entscheidungen Bd. 25. S. 367.) auch anerkannt. Die nicht in gehöriger Weise wiederholte Beweisaufnahme verdiene keine Beachtung, es sei dafür anzusehen, daß die Wiederholung der Beweisaufnahme nicht erfolgt sei; der Appellations-Richter sei daher auch nicht befugt gewesen, von der thatsächlichen Feststellung des ersten

Digitized by Google

Richters abzuweichen, und er verstoße gegen Artikel 101. 103. des Gesetzes vom 3. Mai 1852. Außerdem sei er, Implorant, unter Verletzung der wesentlichen Prozeßvorschrift des § 5. No. 1. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 nicht ordnungsmäßig vom Appellations-Richter gehört, da dem § 36. der Verordnung vom 1. Juni 1833 zuwider das Audienzprotokoll zweiter Instanz und der Marginal-Vermerk zu demselben, worauf der Appellations-Richter seine Entscheidung ausschließlich gründe, nicht vorgelesen sei. In der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 16. Febr. 1854 (Archiv für Rechtsfälle, Bd. 12. S. 145.) sei angenommen, daß eine Verletzung nach § 5. No. 1. a. a. O. vorhanden sei, wenn ein Audienzprotokoll nicht vorgelesen sei, in welchem sich die Erklärung einer Partei befinde, auf welche der Richter seine Entscheidung gestützt habe, und das Nämliche müsse hier angenommen werden, wo es auf die wirkliche Wiederholung der Beweisaufnahme durch Vorlesung des Schreibens vom 27. November 1853 und die etwaigen darüber von den Parteien abgegebenen Erklärungen ankomme, worüber nur die Vorlesung des Protokolls die erforderliche Gewißheit geben könne.

Das Ober-Tribunal hat indeß die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen —

in Erwägung:

daß der Appellations-Richter die Beweisaufnahme erster Instanz insoweit reproduzirt hat, daß von ihm das inkriminirte Schreiben des Verklagten an die Dienstherrschaft des Klägers in der Audienz verlesen ist, daß solches auch nach dem Inhalt des Audienzprotokolls ausdrücklich als Akt der Beweisaufnahme geschehen, den anwesenden Vertretern der Parteien daher bekannt war, daß der Gerichtshof die Wiederholung des Urkundenbeweises als erforderlich angeordnet hatte, ihnen also Gelegenheit gegeben war, sich gegen eine ihnen nachtheilige Auslegung des gedachten Schreibens zu vertheidigen, hiernach der Appellations-Richter von der thatsächlichen Feststellung des ersten Richters abzuweichen nach

Digitized by Google

Artikel 101. und 103. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 wohl befugt war;

in Erwägung, daß nach § 36. der Verordnung vom 1. Juni 1833 zwar die Zugeständnisse der Parteien, deren Aufzeichnung verlangt wird, sowie diejenigen Erklärungen der Parteien, deren Aufnahme das Gericht für erheblich hält, in das Audienzprotokoll aufgenommen und verlesen werden sollen, das Audienzprotokoll zweiter Instanz aber allerdings nicht ergiebt, daß die von den Parteien abgegebenen Erklärungen, welche in das Protokoll aufgenommen sind, vorgelesen worden, dieser Mangel im Verfahren jedoch als Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift nicht angesehen werden kann, weil keiner der im § 5. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 aufgeführten Fälle, die außer einer in Injuriensachen auf Artikel 101. und 103. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 zu begründenden Nichtigkeit des Verfahrens im Civilprozeß allein als wesentliche Mängel des Verfahrens betrachtet werden sollen, vorliegt.

No. 75. — V. Senat. Sitzung v. 20. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Neuwied.
Gericht II. Instanz: Justiz-Senat in Ehrenbreitstein.

Kündigung durch Klage auf Zahlung. — Gerichtsgebrauch.

Nach dem Gerichtsgebrauch gilt die Klageanstellung als Kündigung. Die Einrede der verfrühten Klage ist daher dann nicht zu beachten, wenn zwischen der Klageanstellung und dem Urtheil die Kündigungsfrist abgelaufen ist.

§ 33. Inst. de actionibus 4. 6.; § 10. Inst. de exceptionibus 4. 13.; Lex 16. pr. Dig. de hered. petitione 5. 3.; Lex 1., 2. Cod. de plus petitione 3. 10.; cap. unic X. de plus petitione 2. 11.

Digitized by Google

Der vorstehende Rechtsgrundsatz ist von dem Ober-Tribunal in Sachen J. zu Rüscheid, Verklagten und Imploranten, wider die Wittwe H. resp. deren Erben, Kläger und Imploraten, angenommen —

in Erwägung:

daß das Römische und das Kanonische Recht im § 33. **Inst.** de actionibus 4. 6., § 10. **Inst.** de exceptionibus 4. 13., Lex 1. und 2. **Cod.** de plus petitione 3. 10. und cap. unic. X. de plus petitione 2. 11. im Allgemeinen die Folgen bestimmen, wenn eine Forderung **vor** dem Fälligkeitstermine eingeklagt wird, und hierhin namentlich der Fall gehört, wenn vor der Zurückforderung eines Darlehns die festgesetzte Kündigung noch nicht stattgefunden hat;

daß aber der bestehende und als **Rechtsquelle** zu betrachtende **Gerichtsgebrauch auf den Einwand der zu früh angestellten Klage keine Rücksicht nimmt, falls während des Prozesses und vor erfolgter Abweisung der Klage die Kündigungsfrist abgelaufen ist**, indem die Klage-Erhebung auch als **Aufkündigung** der Forderung zu betrachten ist, und das Interesse des Schuldners dann als gewahrt erscheint;

daß demnach das angegriffene Urtheil, indem dasselbe den Mangel der in dem Schuldschein vom 1. März 1836 vorbehaltenen Kündigung dadurch für erledigt erklärte, daß seit Anstellung der Klage die dreimonatliche Frist längst abgelaufen sei, nicht wegen Verletzung der angezogenen Gesetzesstellen und der vom Imploranten angeführten Lex 16. pr. **Dig.** de hered. pet. 5. 3. vernichtet werden kann.

Digitized by Google

No. 76. — I. Senat. Sitzung v. 26. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Eisleben.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Gültigkeit der Magdeburger Kirchen-Ordnung vom 9. Mai 1739.

a. Die Gültigkeit der Magdeburger Kirchen-Ordnung vom 9. Mai 1739 dauert noch gegenwärtig fort.*

Magdeburger Kirchen-Ordnung vom 9. Mai 1739; Patent vom 9. September 1814 § 2. (Gesetz-Sammlung S. 89.); A. L. R. II. 11. §§ 710. 790.

b. Gegen dieselbe hat sich kein Gewohnheitsrecht ausbilden können.**

A. L. R. Einl. §§ 4. 6.

c. Die Bestimmung ihres § 3. Kap. 26., wonach die Filialkirchen nur „etwa" den dritten Theil zu den Pfarr- und Schulmeister-Wohnungen beizutragen haben, schließt die Bildung einer anderweitigen Observanz nicht aus.

Magdeburger Kirchen-Ordnung vom 9. Mai 1739 Kap. 26. § 3.

Die beiden Filialkirchen zu A. und zu H. im Mansfelder Seekreise stehen unter dem Patronat des Landraths v. K. und bilden mit der im Mansfelder Gebirgskreise liegenden, unter Königl. Patronat stehenden, Mutterkirche zu S. seit Menschengedenken einen Pfarrverband. In den Jahren 1849–1851 wurden an der Pfarre in S. Bauten vorgenommen. Die Kosten für diese Bauten beliefen sich auf 836 Rthlr. 13 Sgr. 9 Pf. Hiervon wurden auf Anweisung des Patrons v. K. aus den beiden Kirchenärarien von A. und H. 278 Rthlr. 24 Sgr. 7 Pf. an die Kirchenkasse von S. gezahlt, und ein von ihnen

* Vergl. Präjudiz No. 722. (I. Senat.) vom 4. August 1839, Präjudizien-Sammlung S. 291.

** Vergl. Präjudiz No. 678. (II. Senat.) v. 26. April 1839, Präjudizien-Sammlung S. 2.

Digitized by Google

geforderter Mehrbeitrag verweigert. Die Kirche zu S. klagte darauf gegen die Kirchen zu A. und zu H. Sie führte an: soweit man in den Urkunden nachkommen könne, seien die Kosten für Bauten und Reparaturen an der Kirche zu S. von den geistlichen Vorständen zu $^5/_{12}$ auf die Mutterkirche zu S., zu $^4/_{12}$ auf die Filialkirche zu A., und zu $^3/_{12}$ auf die Filialkirche zu H. repartirt, und von diesen Kirchen in der angegebenen Weise unweigerlich gezahlt. Auf Grund der Observanz und Verjährung verlangte daher die klagende Kirche, daß die verklagten beiden Kirchen zur Tragung der Beiträge in diesem Verhältniß ($^4/_{12}$ und $^3/_{12}$) verurtheilt würden. — Die verklagten Kirchen dagegen wollten nur zusammen $^3/_{12}$ geben, indem sie sich auf die Magdeburger Kirchen-Ordnung von 1739 Kap. 26. § 3. beriefen, welcher unter dem Marginale „Von Beitrag deren Filialkirchen" wörtlich bestimmt:

> und die Filialkirchen nicht eben die Hellfte, sondern etwa den dritten Theil nach der Einkünften Proportion zu den Pfarr-, und Schulmeister-Wohnungen Bau und Besserung herzugeben schuldig sein.

Gegen diese gesetzliche Bestimmungen habe sich, behaupteten sie, kein Gewohnheitsrecht bilden können. — Die klagende Kirche bestritt die Gültigkeit der fraglichen Kirchen-Ordnung, sowie eventuell, daß die extrahirte Bestimmung der Bildung eines Gewohnheitsrechts im Wege stehe. Sie wurde indessen in den beiden unteren Instanzen mit ihrem Klageantrage abgewiesen.

Auf die von ihr eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil vernichtet und die Sache zur weiteren Erörterung und eventuellen Beweisaufnahme in die erste Instanz zurückgewiesen — aus folgenden

Gründen:

Die bestrittene Anwendbarkeit der Magdeburger Kirchen-Ordnung von 1739 ist außer allem Zweifel. Die fremdherrliche Gesetzgebung hat den vorliegenden Gegen-

Digitized by Google

stand nicht berührt, und ist daher nach § 2. des Patents vom 9. September 1814 der ältere Rechtszustand einfach wieder eingetreten. Die §§ 710. 790. II. 11. des Allgem. Landrechts führen aber auf jenes Provinzialgesetz deutlich hin. Nach dem Präjudiz No. 722., Präjudizien-Sammlung Seite 291., ist dasselbe auf Patronatsbeiträge von Materialien angewandt. Das von der Implorantin allegirte Präjudiz No. 1267., — Präjud.-Samml. Seite 208., — gehört nicht hierher, da es sich auf das Herzogthum Sachsen und nicht auf die Altpreußische Grafschaft Mansfeld bezieht.

In Bezug auf die Entstehung von Observanzen und Gewohnheitsrechten contra legem scriptam würde es, wenn der Widerspruch zwischen c. 2. Cod. quae sit longa consuetudo VIII. 53. und § 1. Lex 32. Dig. de legibus I. 3. an sich zu entscheiden wäre, noch besonders auf die gewichtige Autorität Savigny's (Heut. Römisches Recht, I. 151. ff. 165. 169. 420. ff.) ankommen; vergl. auch Glück, I. 515. ff.

Es muß freilich zugegeben werden, daß nach No. IX. des Publikations-Patents v. 5. Februar 1794 von den differirenden Meinungen der Rechtslehrer diejenige vorgezogen werden muß, welche mit den Vorschriften des Landrechts übereinkommt, und danach ist denn allerdings zufolge der §§ 4. 60. der Einleitung zum Allgem. Landrecht die Bildung eines Gewohnheitsrechts gegen die Kirchen-Ordnung von 1739 nicht für zulässig zu erachten. Die Unstatthaftigkeit der Ausbildung eines solchen gegen die Bestimmungen des Allg. Landrechts spricht auch das Präjudiz No. 678., — Präjud.-Samml. Seite 2., — aus.

Indessen ergiebt eine nähere Prüfung, daß der von dem vorigen Richter angenommene Konflikt der behaupteten Gewohnheit mit der Kirchen-Ordnung von 1739 in der That nicht existirt. Die Kirchen-Ordnung handelt im 26. Kapitel von den Gebäuden der Kirchen, Prediger- und Küsterhäuser und stellt in den §§ 1. 2. 6. die Norm auf, daß die Baukosten

Digitized by Google

zunächst aus dem Kirchenvermögen zu entnehmen, bei dessen Unzulänglichkeit der Patron aber die Materialien herzugeben habe, und von der Gemeinde und den Eingepfarrten die Fuhren und Handdienste zu leisten seien.

Der § 3. lautet:

> und die Filialkirchen nicht eben die Helffte, sondern etwa den dritten Theil nach der Einkünfften Proportion zu den Pfarr- und Schulmeister-Wohnungen Bau- und Besserung herzugeben schuldig sein.

In dieser Fassung liegt nicht eine solche Bestimmtheit, welche dieselbe als eine feste Norm für alle Fälle zu charakterisiren geeignet wäre. Die unendliche Verschiedenheit der Verhältnisse läßt eine solche auch wohl nicht anwendbar erscheinen. Wenn der Appellations-Richter mit Bestimmtheit hinstellt:

> die Beitragsquote der Filialkirche müsse innerhalb der Grenzen von $1/3$ und $1/2$ der Baukosten nach Verhältniß der Einkünfte der Tochterkirche gegenüber denen der Mutterkirche gefunden werden —

und demzufolge nur die Bildung einer Observanz innerhalb dieses Spielraums gestattet, — so widerspricht jene Interpretation einmal den Worten „etwa den dritten Theil“, womit also ein bestimmter Satz nicht gegeben, auch kein minimum normirt ist, anderntheils der negativ bestimmten Fassung „nicht eben die Hellfte.“ Diese letzte Fassung hat glaublich eine besondere Veranlassung, doch sieht man sich nach einem positiven Anhalte vergebens um. Nicht unwahrscheinlich hat man bei diesen Worten, die sich ebenso in der Kirchen-Ordnung vom 13. November 1685 für das Herzogthum Magdeburg (**Mylius**, Corp. Const. Magd. I. 3. ff.) befinden, deren § 3. Kap. 24. mit der oben allegirten Stelle wörtlich übereinstimmt, an den häufigsten Fall, daß die Mutterkirche nur **eine** filia hat, gedacht, —

> (vergl. das Verzeichniß der Kirchen im Herzogthum Magdeburg Seite 18. des Anhangs zur Kirchen-Ordnung von 1739), —

Digitized by Google

und dabei der einfachsten Repartition zu gleichen Theilen ohne weitere Berücksichtigung der Verhältnisse, vielleicht mit Rücksicht auf vorgekommene derartige Meinungen und Ansprüche, dahin entgegentreten wollen: die filia solle nicht ohne Weiteres die Hälfte geben. Einzig und allein die Worte in dem zitirten § 3.: „nach der Einkünften Proportion“ sind an sich mit klarer Bestimmtheit ausgedrückt.

Der Appellations-Richter will nun gar daraus, daß a. a. O. numero plurali gesagt ist: „die Filialkirchen sollen schuldig sein ꝛc.“ ableiten, daß, selbst wenn mehrere Filialkirchen vorhanden seien, diese alle zusammen nur 1/3 bis zur Hälfte beizutragen brauchten. Die Auslegung ist sprachwidrig, da es durchaus gebräuchlich ist, Gattungsbegriffe durch den unbestimmten Pluralis auszudrücken und mithin Pflichten und Rechte, welche jeder einzelnen Person oder Sache derselben Art zustehen und obliegen, durch Angabe der Kategorie, zu welcher diese Personen und Sachen gehören, zu bezeichnen. Das Beispiel, daß eine Mutterkirche, welche drei oder mehrere Filiale hat, im Falle der Beitragspflichtigkeit jeder einzelnen Filialkirche auf Höhe von mindestens 1/3, selber gar Nichts zu den Baukosten beizutragen, sondern noch einen Ueberschuß einzustreichen haben könnte, ist ungeeignet, weil, wie schon oben erwähnt worden, das Gesetz nur von „etwa dem dritten Theile“ spricht, damit also kein festes minimum giebt, mithin ein Heruntergehen unter 1/3 nicht ausschließt, wo die Umstände dazu angethan sind. Es lassen sich aber jenem Beispiele andere in entgegengesetzter Richtung entgegenstellen: man wird es — mit den Worten des Appellations-Richters — für nicht minder ungerecht und inkonsequent erachten dürfen, wenn — wohin die von ihm angenommene Interpretation offenbar führt — eine arme Mutterkirche, beziehungsweise eine arme und kleine Gemeinde, einem oder mehreren großen und reichen Filialen gegenüber immer zum Mindesten die Hälfte der Baulast zu tragen hätten.

Das Allgemeine Landrecht enthält betreffenden Orts —

Digitized by Google

(§§ 725. ff. II. 11. des Allg. Landrechts) über das Beitragsverhältniß der Filiale, welche überhaupt, nämlich in Ermangelung eigener Gebäude, zu den Bauten bei der Mutterkirche beizutragen haben, keine nähere Bestimmung. Die allgemeinen kirchenrechtlichen Grundsätze giebt Richter, Kirchenrecht 4. Aufl. § 303. Seite 669., dahin an:

Kirchspiele, welche per aequalitatem vereinigt sind, tragen die Baukosten jedes für die eigenen geistlichen Gebäude. Dagegen sind die Filialgemeinden, wenn sie zu bestimmten Zeiten dem Gottesdienste in der Mutterkirche beiwohnen müssen, die Kosten der Bauten sowohl an der letzteren, als an den Pfarrgebäuden, mit zu tragen verbunden, die der letzteren allein dann, wenn der Pfarrer der Mutterkirche den vollständigen Gottesdienst für sie in ihrer eigenen Kirche verwaltet. In welcher Modalität sie aber die Beiträge zu leisten haben, ist zunächst nach den etwaigen Observanzen oder Verträgen und in deren Ermangelung nach dem besonderen Rechte zu beurtheilen.

Faßt man nach dem Allen ins Auge, daß die Kirchen-Ordnung von 1739 die Sätze von $1/3$ und $1/2$ dem Wortlaute nach nur als ungefähre hingestellt, daß die allgemeinen Gesetze über ein bestimmtes Beitragsverhältniß Nichts vorschreiben, daß die schon erwähnte große Mannigfaltigkeit der Umstände wenigstens soviel unmöglich macht, in bestimmten Zahlensätzen allgemein die Beitragspflicht der filia zu Kirchen- und Pfarrbauten bei der mater zu normiren, so rechtfertigt es sich, die fragliche Bestimmung des § 3. Kap. 26. der Kirchen-Ordnung von 1739 nur als einen Anhalt für die gewöhnlichen Fälle, soweit es „der Proportion der Einkünfte" entspricht, zu betrachten, und die Ausbildung dieses Rechtsverhältnisses durch fernere Observanz umsoweniger für ausgeschlossen zu achten, als dasselbe in vorzüglichem Grade individuelle Entwickelung erheischt und dazu geeignet erscheint.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist der Angriff, daß der

Appellations-Richter der Kirchen-Ordnung von 1739 ein unrichtiges Verständniß gegeben habe, begründet. Es ergiebt sich daraus nach § 4. No. 1. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 die Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses und sodann nach § 17. daselbst die Zurückweisung der Sache in die erste Instanz zur anderweiten Entscheidung nach Erörterung des Bestehens der Observanz und der Einwendungen der Verklagten in Bezug auf die Führung des Baues, zu welchem sie noch beitragen sollen.

No. 77. — III. Senat. Sitzung v. 26. Novbr. 1855.

Richtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Frankfurt.

Besitzstörungsklage des unvollständigen Besitzers gegen den Eigenthümer.

a. Die Verfügung des Eigenthümers über die vermiethete Sache enthält nur dann eine Störung des Besitzes des Miethers, wenn ersterer in Bezug auf die Gebrauchs- und Nutzungsrechte des letzteren unmittelbar in dessen Besitzstand eingegriffen hat.*

b. Die Frage: ob der Eigenthümer die dem unvollständigen Besitzer gegenüber ihm verbliebenen Rechte überschritten hat, kann nur im Petitorien-Prozesse entschieden werden.**

A. L. R. I. 7. §§ 146-151.; A. G. O. I. 31. § 1.

Der Kaufmann E. hatte im Sommer 1853 ein in Frankfurt a. d. O. belegenes Grundstück von dem Appellationsgerichts-

* Vergl. den Rechtsfall No. 72. S. 303. dieses Bandes.

** Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 12. S. 21. und No. 5. der Zusammenstellung im Justiz-Ministerial-Blatte für 1854 S. 102.

Digitized by Google

Rath v. W. gekauft und um Michaelis desselben Jahres das bis dahin an den Sanitätsrath v. S. vermiethet gewesene zweite Stockwerk bezogen, wogegen das untere Stockwerk seit 1847 von dem Appellationsgerichts-Rath v. P. als Miether bewohnt wurde. Der zu dem Grundstück gehörige Garten war dem letztern zur Hälfte mitvermiethet. Nach den Miethsverträgen des v. P. und des früheren Miethers des zweiten Stockwerks war denselben die Theilung des Gartens unter sich überlassen, und war diese Theilung von ihnen in der Art vorgenommen worden, daß sie die Beete nach Licht und Schatten einzeln getheilt hatten. v. P. hatte hierauf seine Beete theilweise zu Blumen, Früchten und Sträuchern benutzt, im übrigen aber zu Rasenflecken liegen lassen. Im Oktober und November 1853 nahm E. nach und nach verschiedene den ganzen Garten betreffende Arbeiten vor, insbesondere ließ er auf den von dem v. P. benutzten Gartenbeeten zwei Akazienbäume wegnehmen, große Pflanzlöcher graben und neue Bäume pflanzen. v. P. hielt den E. zur Vornahme dieser Handlungen nicht für berechtigt und klagte deshalb gegen ihn wegen Besitzstörung. — Der erste Richter erkannte nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat auf die Richtigkeitsbeschwerde des Verklagten das erste Urtheil vernichtet und den Kläger abgewiesen — aus folgenden

Gründen:

Der Kläger und jetzige Implorat will dem Imploranten, als Eigenthümer, alle Dispositionsbefugnisse über diejenigen Theile des hier in Rede stehenden Gartens abgesprochen wissen, in deren alleinigem, resp. Mitbesitze, Implorat sich, nach der thatsächlichen Feststellung des ersten Richters, auf Grund seines Miethskontraktes befindet. Der Vorderrichter hat auch nach dem Antrage des Imploraten entschieden, dabei aber das Verhältniß des Eigenthümers und unvollständigen Besitzers verkannt. Denn dem Imploranten, als Eigenthümer, sind seine

Dispositionsbefugnisse über jene Theile des Gartens durch die Vermiethung keineswegen ganz entzogen, sondern nur insoweit beschränkt, als sich die Gebrauchs- und Nutzungsrechte des Imploraten als Miethers erstrecken. Daraus folgt zugleich, daß nicht jede von dem Imploranten über die fraglichen Gartentheile getroffene Disposition schon an und für sich als eine Störung des Besitzes des Imploraten sich auffassen läßt, daß vielmehr eine solche nur alsdann als vorhanden angenommen werden kann, wenn Implorant in Bezug auf jene Gebrauchs- und Nutzungsrechte unmittelbar in den Besitzstand des Imploraten eingegriffen hat. (Justizministerialblatt für 1854 S. 102. No. 5.) Dergleichen Eingriffe bilden indessen überall nicht den Gegenstand der imploratischen Klage. Implorat hat das Fällen zweier Akazienbäume in seinem Schreiben vom 28. Oktober 1854 selbst genehmigt. Dieses Schreiben soll sich zwar auf zwei andere Akazienbäume, als die vom Imploranten gefällten, beziehen. Solches erscheint jedoch als gleichgültig, da, wenn wirklich Implorant sich in Bezug auf diese Bäume geirrt, und die Genehmigung des Imploraten auf andere, als die von diesem gemeinten, Bäume bezogen haben sollte, in dieser Handlungsweise des Imploranten doch keineswegen eine Besitzstörung des Imploraten würde angetroffen werden können. Das Fällen der Akazienbäume muß daher hier außer Betracht bleiben. Der eigentliche und Hauptvorwurf, welcher von dem Imploraten dem Imploranten gemacht wird, besteht auch nur darin, daß derselbe im Herbste 1854 im Garten mehrere Pflanzlöcher hat machen und in diese neue Bäume hat einsetzen lassen; er verlangt deshalb, daß Implorant verurtheilt werde, die ebengedachten Bäume wegzunehmen und die Pflanzlöcher derselben zu ebnen. Wie aber in der also gerügten Handlung des Imploranten eine Besitzstörung des Imploraten gefunden werden soll, ist nicht ersichtlich. Jene Handlung ist von dem Imploranten im Spätherbste — im November — und mithin zu einer Zeit

vorgenommen, wo schon ohnehin von einer Benutzung des Gartens seitens des Imploraten, als Miethers, nicht füglich mehr die Rede sein konnte. Indessen auch abgesehen hiervon ist in dem Besitz, welchen Implorant als Miether in Bezug auf den Garten in Anspruch nimmt, keinenfalls unmittelbar eingegriffen worden. Es handelt sich vielmehr um die Frage: **ob der Eigenthümer die Grenzen der Rechte überschritten hat, welche ihm dem Imploraten, als unvollständigen Besitzer, gegenüber verblieben sind. Diese Frage kann aber nur im Petitorium entschieden werden.** Dasselbe gilt von den noch besonders gerügten, um die eingepflanzten Bäume verbliebenen Vertiefungen. Demgemäß liegt die der kondemnatorischen Entscheidung des vorigen Richters zum Vorwurfe gemachte Verletzung des von dem Imploranten in Bezug genommenen (oben in der Ueberschrift enthaltenen) Rechtsgrundsatzes der §§ 146. und 151. I. 7. des Allgem. Landrechts vor, und hat solche die Vernichtung des vorigen Urtheils, zugleich aber in der Sache selbst die Abweisung der von dem Imploraten erhobenen Possessorienklage zur Folge haben müssen.

No. 78. – III. Senat. Sitzung v. 27. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Herford.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Halberstadt.

Begründung der Aktivlegitimation des im Negatorienprozesse gegen den Servitutberechtigten klagenden Eigenthümers.

Der Negatorienkläger, welchem von dem Servitutberechtigten das Eigenthum bestritten wird, braucht diesem gegenüber nicht den Beweis seines Eigenthums, sondern

Digitized by Google

nur den Beweis zu führen, daß er sich im vollständigen Besitze des angeblich dienenden Grundstücks befinde.*

A. L. R. I. 7. § 176.

Der Kolon E. stellte gegen die Wittwe S. die Negatorienklage an, weil dieselbe von einem öffentlichen Wege aus in der von ihm näher bezeichneten Richtung über sein Grundstück Flur II. No. 393. zu ihren Feldern gefahren sei. Er stützte sich hierbei auf die gesetzliche Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums und trat darüber, daß der Wegeszug zu seinem bezeichneten Grundstücke gehöre, Beweis an. — Die Verklagte bestritt, daß der Grund und Boden, über welchen sie den Fahrweg genommen habe, zu des Klägers Grundstücke gehöre, behauptete, eine Fahrwegsgerechtigkeit durch Verjährung erworben zu haben, und verlangte deshalb die Abweisung des Klägers.

Ihrem Antrage entsprach der Appellations-Richter, weil er den Kläger wegen mangelnden Beweises seines Eigenthums an dem zum Fahrwege von der Verklagten benutzten Grundstücke zur Klage nicht für legitimirt erachtete.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers verworfen.

Gründe:

Wenn der Implorant das Appellations-Urtheil wegen Verletzung des § 32. I. 1. der Allgem. Gerichtsordnung in Verbindung mit § 10. I. 19. und der §§ 175. und 176. I. 7. des Allgem. Landrechts angreift, so muß dieser Angriff als verfehlt bezeichnet werden. Es ist ihm zwar darin beizustimmen, daß nach den angeführten Gesetzstellen der vollständige Besitzer gegen jeden Andern, als den wahren Eigenthümer, alle Rechte des Eigenthümers hat, und daß ein Rechtsstreit, durch welchen die

* Vergl. Präjudiz No. 2008. (II. Senat.) v. 29. April 1848, Präjudizien-Sammlung S. 24. und Entscheidungen Bd. 16. S. 503.

Digitized by Google

Richtigkeit eines dinglichen Rechts auf die Substanz einer fremden Sache ausgemittelt werden soll, auch mit dem vollständigen Besitzer gültig verhandelt werden kann. Auch hat nach dem Präjudikat vom 29. April 1848, auf welches, sowie auf mehrere Entscheidungen des Ober-Tribunals, Implorant Bezug nimmt, der Negatorienkläger, der sich im vollständigen Besitze der Sache befindet, dem Verklagten gegenüber, der ihm das Eigenthum bestreitet, nicht das Eigenthum zu beweisen (Präjudiz 2008. S. 24.); allein die Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes im Prozesse wird durch die auch in jenem Präjudikate bestimmt hervorgehobene Voraussetzung bedingt, daß der Kläger behauptet hat, sich im vollständigen Besitze des angeblich dienenden Grundstücks zu befinden, und er dieses faktische Fundament seiner Aktivlegitimation erweist. Nach der nicht angefochtenen Feststellung des Appellations-Richters ist indessen die Klage nur auf das Eigenthum und die präsumtive Freiheit desselben basirt; die Behauptung, daß er sich im vollständigen Besitze befinde, hat auch der Appellations-Richter nicht nur nicht festgestellt, sondern, wie seine Ausführung unzweideutig ergiebt, das direkte Gegentheil, daß nämlich die streitige Wegestrecke nicht zum Grundstücke No. 393. gehört, sondern ein von dem klägerischen Ackerlande getrenntes Grundstück sei. Wenn nun der Appellations-Richter sagt, der Kläger habe als Basis der Klage sein ausschließliches Eigenthum an dem streitigen Grundstück beweisen müssen, so hat er sich dadurch mit dem prämittirten Rechtssatze nicht in Widerspruch gesetzt; in keinem Falle hat er verneint, daß, wenn Kläger sich auf die Behauptung des vollständigen Besitzes, also auf eine andere Basis, gestützt und diese erwiesen hätte, — der Kläger aktiv zur Sache legitimirt sein würde. Auf das Wort „ausschließlich" hat der Implorant selbst kein Gewicht gelegt, sondern seine Beschwerde nur dahin gestellt, daß der Appellations-Richter als Bedingung der Legitimation den Nachweis des Eigenthums fordere. Auch hat

Digitized by Google

der Appellations-Richter durch diesen allerdings überflüssigen Zusatz nur ein im Begriffe des Eigenthums gesetzlich begründetes Element hervorgehoben. (§§ 1. 22. und 23. I. 8. des Allgemeinen Landrechts.)

No. 79. — IV. Senat. Sitzung v. 29. Novbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Spremberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Frankfurt.

Rechte des Werkmeisters aus dem mündlichen Vertrage über ein verdungenes Werk.

a. Der § 165. I. 5. des Allgem. Landrechts, — nach welchem, wenn der mündliche Vertrag Handlungen zum Hauptgegenstande hat, und diese sämmtlich geleistet sind, die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen muß, — findet auch auf Verträge über verdungene Werke Anwendung.

A. L. R. I. **5.** § 165., **11.** §§ 869. ff. 925.

b. Die Anwendbarkeit des § 165. a. a. O. ist nicht durch die verweigerte Abnahme des fertig gestellten Werkes ausgeschlossen.

A. L. R. I. **5.** §§ 165. 167., **11.** § 947.

c. Die Anwendbarkeit des § 165. a. a. O. ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß nicht die Handlungen, als solche, sondern ihr Erfolg — das verdungene Werk — der Zweck des geschlossenen Vertrages ist.

A. L. R. I. **9.** §§ 304. 305.

Der in Dresden wohnende Bildhauer H. behauptete, daß der

Digitized by Google

Tuchmachermeister K. bei ihm, außer einem bereits abgelieferten und bezahlten Leichensteine für seine Frau, noch ein zweites Denkmal für sich selbst zu dem Preise von 200 Rthlrn. mündlich bestellt habe, und trug darauf an, denselben zur Abnahme dieses Denkmals in Spremberg, wohin Kläger es auf seine Kosten transportiren lassen wolle, zu verurtheilen. Er wurde jedoch mit diesem Anspruche durch die gleichlautenden Urtheile der beiden früheren Instanzen unbedingt abgewiesen. Die Entscheidung des Appellations-Richters beruhte im Wesentlichen darauf, daß

1. dem Kläger der Mangel eines schriftlichen Vertrages, sowie zugleich
2. die Vorschrift des § 925. I. 11. des Allg. Landrechts entgegenstehe, wonach der Werkmeister der Regel nach, und wenn nicht ein Anderes vereinbart worden, nicht eher Zahlung fordern darf, als bis das Werk bedungenermaaßen fertig geliefert und von dem Besteller übernommen worden.

Kläger legte die Nichtigkeitsbeschwerde ein, in welcher er namentlich den § 165. I. 5., sowie den § 932. I. 11. des Allgem. Landrechts für verletzt erklärte, und diese Rüge ist von dem Ober-Tribunal für begründet erachtet worden.

Gründe:

Nachdem im § 131. I. 5. des Allg. Landrechts verordnet worden, daß jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich auf mehr als 50 Rthlr. beläuft, schriftlich errichtet werden muß, setzen die §§ 155. ff. fest, daß, wenn in Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe nur mündlich geschlossen worden ist, keine Klage daraus stattfindet. Doch legt der § 156. dem Kontrahenten, welcher die Erfüllung von dem andern bereits ganz oder theilweise angenommen hat, die Verbindlichkeit auf, den Vertrag auch seinerseits zu erfüllen, oder das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten, und die §§ 159. 160. verpflichten ihn, falls er die empfangene Sache in dem Stande,

Digitized by Google

in welchem sie sich zur Zeit der Uebergabe befand, nicht zurückzugewähren vermag, ohne den mündlichen Vertrag seinerseits erfüllen zu wollen, den mündlich verabredeten Werth zu ersetzen, oder, in Ermangelung einer darüber getroffenen Vereinbarung, den auszumittelnden Werth, den die Sache zur Zeit der Uebergabe gehabt, zu vergüten.

Auch soll nach den §§ 158. 163. derjenige, der an den mündlichen Vertrag gebunden sein will, als redlicher, der zurücktretende Theil aber als unrechtfertiger Besitzer behandelt werden. Der § 164. erklärt in Folge dessen den letzteren, sofern er eine Zahlung erhalten hat, für verbunden, von der empfangenen Summe seit dem Tage ihres Empfanges landesübliche Zinsen zu entrichten, und im unmittelbaren Zusammenhange mit den vorstehenden Bestimmungen ist sodann im § 165. vorgeschrieben, daß, wenn der mündliche Vertrag Handlungen zum Hauptgegenstande gehabt hat, und dieselben sämmtlich geleistet sind, die Vergütigung nach der mündlichen Abrede geleistet werden muß.

Der Grund dieser Vorschrift liegt ohne Zweifel darin, daß einmal geleistete Handlungen nicht mehr ungeschehen gemacht werden können, wenn sich auch ihre Folgen mögen beseitigen lassen, oder daß, mit anderen Worten, dieselbe Kraft und Thätigkeit, welche der Handelnde darauf verwandt hat, ihm in Wirklichkeit nicht wieder zu ersetzen ist. Sie beruht mithin offenbar auf demselben Prinzipe, weshalb der Kontrahent, welcher von einem über eine bestimmte Sache mündlich geschlossenen Vertrag, der dem Gegenstande nach schriftlich hätte errichtet werden müssen, zurücktritt, ohne diese Sache in ihrem früheren Zustande restituiren zu können oder zu wollen, den mündlich vereinbarten Werth oder Preis derselben zu vergüten verpflichtet ist, und sie muß auch auf verdungene Werke Anwendung finden, da die hierüber geschlossenen Verträge nach den §§ 869. ff. I. 11., worauf der § 925. a. a. O. verweiset, zu den Verträgen über Handlungen zu rechnen sind,

Digitized by Google

ohne daß der gedachte Titel eine besondere, ihre Form betreffende Bestimmung, welche namentlich hier maaßgebend sein könnte, enthält.

Zwar heißt es im § 875. a. a. O., daß, wenn für die übernommene Handlung nicht Geld oder eine andere Handlung, sondern eine Sache oder die Abtretung eines Rechts versprochen worden, die Pflichten des Versprechenden in Ansehung der von ihm zu leistenden Erfüllung nach den Regeln vom Verkaufe oder von der Cession zu beurtheilen sind; doch liegt ein solcher Fall nicht vor, und es kann dahingestellt bleiben, ob bei einer Vereinbarung, wie sie im § 875. vorausgesetzt ist, auch die für Kaufverträge oder Cessionen vorgeschriebene Form beobachtet werden muß.

Im Uebrigen aber erklärt der § 870. a. a. O. nur zum Wesen der im § 869. bezeichneten Verträge für gehörig, daß demjenigen, der sich zu einer Handlung oder Unterlassung verpflichtet, eine Vergütung dagegen versprochen werde, und der § 871. fügt hinzu, daß, wenn sich diese Vergütigung im Vertrage nicht hinlänglich bestimmt findet, die fehlende Bestimmung nach dem Gutachten der Sachverständigen ergänzt werden muß. Der § 872. spricht dem geschlossenen Vertrage, wenn dabei gar keine Vergütigung verabredet worden, jede Wirkung ab, und und die §§ 873. 874. modifiziren diese Vorschrift nur wiederum dahin, daß, wenn die Handlung von demjenigen, der sie als eine zu seinen Nahrungs- und Brodgeschäften gehörende übernommen hatte, geleistet worden, oder, wenn wenigstens keine Umstände vorliegen, welche die Absicht einer Freigebigkeit vermuthen lassen, der gewöhnliche Lohn für dergleichen Handlungen oder beziehungsweise der niedrigste Satz der von Sachkennern für angemessen erachteten Vergeltung gefordert werden kann.

In welcher Form aber der Vertrag errichtet sein muß, ist hierbei nicht ausgesprochen, und es ist in dieser Hinsicht namentlich die dahin lautende Vorschrift des § 877., daß aus dergleichen Verträgen wie aus allen übrigen, wenn sie durch wech-

Digitized by Google

selseitige Einwilligung in gesetzmäßiger Form abgeschlossen sind, auf Erfüllung geklagt werden kann, nicht entscheidend.

Auch läßt sich ebensowenig annehmen, daß die Worte des § 871.:

„Ist diese Vergütigung in dem Vertrage nicht hinlänglich bestimmt"

nothwendig die Existenz eines schriftlichen Vertrages voraussetzen, weil es dessen doch keinen Falls bei einem Objekte unter 50 Rthlr. bedarf, und wenn von dieser allgemeinen Regel hier hätte eine Ausnahme gemacht werden sollen, dies ganz bestimmt und unzweideutig hätte ausgedrückt werden müssen.

Der Kläger behauptet, daß der Leichenstein, den der Verklagte bei ihm für sich bestellt habe, bereits vollendet sei, und der vorige Richter legt nun zwar darauf Gewicht, daß derselbe noch nicht an den Verklagten geliefert, sowie resp. von demselben übernommen worden, doch kann dieser Umstand ebensowenig die Anwendbarkeit des § 165. I. 5. des Allgem. Landrechts ausschließen, als er in anderer Beziehung die Abweisung des Klägers herbeizuführen geeignet erscheint. Denn die durch Bestellung des Leichensteines dem Kläger aufgetragenen Handlungen sind, wenn er denselben verabredetermaaßen gefertigt hat, für sämmtlich geleistet zu erachten, und es bedurfte daher nicht unbedingt der Annahme desselben, um den Verklagten zur Zahlung der mündlich verabredeten Vergütigung zu verpflichten. Auch kann die Nothwendigkeit jener Uebernahme, damit der § 165. eintreten könne, insbesondere nicht aus dem § 167. gefolgert werden, wonach der Berechtigte, wenn er die noch rückständigen Handlungen nicht annehmen will, nur den nach den Gesetzen auszumittelnden Werth der bereits wirklich geleisteten zu vergüten hat. Denn da sich die gedachte Bestimmung auf alle Handlungen, welche überhaupt Gegenstand eines Vertrages sein können und mithin auch auf solche bezieht, welche nicht dem Berechtigten direkt zu leisten sind, so hat durch den § 167. offenbar nur festgesetzt werden sollen, daß der Ver-

Digitized by Google

pflichtete sich mit der darin angegebenen Vergütigung begnügen muß, wenn der Berechtigte ihm seinen Willen zu erkennen giebt, daß die noch rückständigen Handlungen durch ihn nicht geleistet werden sollen, und es kann nun zwar allerdings die Annahme des vorbedungenen Werkes nach § 947. I. 11. des Allgem. Landrechts von dem Besteller verweigert werden, wenn es durch die bei der Ablieferung zugezogenen Sachverständigen für untüchtig erklärt wird; doch ist dieser Weigerungsgrund ein von der Form des Vertrages ganz unabhängiger. Er kann ohne Zweifel, auch wenn schriftlich kontrahirt worden ist, geltend gemacht werden, und es wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Werkmeister, selbst wenn er nur mündlich mit dem Besteller kontrahirt, die Annahme und die Bezahlung des tüchtig und kontraktmäßig befundenen Werkes, weil er durch dessen untadelhafte Ausführung die Handlungen, welche den Gegenstand des Vertrages bildeten, geleistet hat, zu fordern berechtigt ist.

Der Appellations-Richter erachtet ferner den § 165. I. 5. des Allg. Landrechts hier nicht für anwendbar, weil er Handlungen voraussetze, die an sich selbst und deren Erfolg als der Zweck des geschlossenen Vertrages zu betrachten wären, anstatt daß bei Verträgen über ein verdungenes Werk nur dies letztere, keinesweges aber die zu dessen Hervorbringung erforderlichen Handlungen, den Zweck der gegenseitigen Vereinbarung ausmachten. Doch kann ihm hierin ebenfalls nicht beigetreten werden.

Der äußeren Erscheinung nach sind freilich Handlungen, wodurch, wie bei einem Werke, irgend ein gegebener Stoff verändert oder umgebildet worden, von denen, die keine dergleichen sichtbare oder überhaupt in die Sinne fallende Spur hinterlassen haben, verschieden. Doch können auch die Handlungen der ersteren Art von ihrem Produkte nicht wieder getrennt oder losgelöst, und es kann auch dem Produzenten dieselbe Zeit, so-

Digitized by Google

wie dieselbe leibliche und beziehungsweise geistige Thätigkeit, welche darauf verwendet werden mußten, in Wirklichkeit nicht restituirt werden.

Der § 304. I. 9. des Allgem. Landrechts verordnet:

> Hat Jemand, ohne Betrug, fremde Materialien dergestalt verarbeitet, daß dieselben dadurch die bisherige Form verloren und eine neue Gestalt angenommen haben; so verbleibt die daraus entstandene neue Sache dem Verarbeitenden.

Der § 305. fügt hinzu:

> Dieser aber muß dem Eigenthümer der Materie nach dessen Wahl entweder ebensoviel Materie von gleicher Art und Güte zurückgeben oder den Werth der Materialien nach dem höchsten Preise zur Zeit der Verarbeitung ersetzen.

und der § 304. besagt:

> Ueberdies muß er nach Maaßgabe des Grades seiner Verschuldung dem Eigenthümer der Materie für den durch die eigenmächtige Verarbeitung erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn gerecht werden.

Durch diese Vorschriften und namentlich durch § 304., nach welchem der Eigenthümer des verarbeiteten Stoffes nicht einmal befugt erscheint, das daraus gebildete Werk von dem Produzenten gegen dessen Entschädigung für die darauf verwendete Mühe zurückzufordern, ist selbst außerhalb des Vertrages der schaffenden Thätigkeit des letzteren ein Gewicht beigelegt, das sogar die Eigenthumsrechte des anderen Theiles überwiegt, und es läßt sich mithin umsoweniger bezweifeln, daß *bei einem Vertrage über ein verdungenes Werk den zu dessen Hervorbringung erforderlichen Handlungen eine rechtliche Bedeutung beizumessen ist, welche die Anwendung des § 165. I. 5. auf dieselben vollkommen rechtfertigt.*

Gewiß kann auch ein bereits vollendetes Werk Gegenstand eines Kauf- oder Tauschgeschäftes sein, und in solchem Falle

treten die durch den Erwerber nicht veranlaßten Handlungen, denen es seine Entstehung verdankt, dergestalt in den Hintergrund, daß lediglich das Produkt selbst gleich jeder anderen Waare als Objekt des Vertrages zu betrachten ist. Ganz anders gestalten sich dagegen die Verhältnisse bei einer erfolgten Bestellung.

Denn alsdann gewinnt das Moment, daß der dem Werkmeister ertheilte Auftrag die bewegende Ursache seiner auf die Herstellung des bestellten Werkes gerichteten, mit größerem oder geringerem Zeitaufwande verbundenen Thätigkeit war, einen entscheidenden Einfluß, und der Besteller kann deshalb die Annahme des Werkes nicht wie bei einem Kaufe oder Tausche schon deshalb, weil nur mündlich darüber kontrahirt worden, zurückweisen.

Das Präjudiz vom 7. Mai 1850, wodurch nur ausgesprochen worden,

> daß die Vorschrift, wonach bei Verträgen über Handlungen der Kontrahent, welcher behauptet, daß der andere Theil die Erfüllung bisher nicht kontraktmäßig geleistet habe, oder solchergestalt nicht zu leisten im Stande sei, sofort auf seine Gefahr von dem Vertrage wieder abgehen kann, bei verdungenen Werken nicht Anwendung findet,

läßt ebenso wie die Motive, auf denen es beruht, die hier zu entscheidende Frage ganz unberührt, und auch der § 932. I. 11., welcher wörtlich bestimmt:

> Der Werkmeister kann der Regel nach, und wenn nicht ein Anderes verabredet ist, die Zahlung nicht eher fordern, als bis das Werk bedungenermaaßen fertig geliefert und von dem Besteller übernommen worden,

steht der obigen Ausführung keinesweges entgegen.

Denn die gedachte Vorschrift ist einerseits nur ein Ausfluß der allgemeinen Bestimmung des § 271. I. 5. des Allgem. Landrechts, wonach derjenige, der die Erfüllung eines Vertrages fordert, nachweisen muß, daß er demselben seinerseits Genüge

Digitized by Google

geleistet habe, oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei, und sie hängt andererseits mit der Vorschrift des § 943. zusammen, wonach jeder von beiden Theilen bei der Ablieferung des Werkes verlangen kann, daß dasselbe auf seine Kosten durch Sachverständige besichtigt werde.

Doch läßt sich die Zahlung keinesweges durch die freiwillige Annahme des Werkes für bedingt erachten, vielmehr verordnet der § 945. ausdrücklich, daß der Besteller dasselbe annehmen und bezahlen muß, wenn die zugezogenen Kunstverständigen es übereinstimmend für tüchtig sowie dem Vertrage gemäß gefertigt erklärt haben, und es würde zugleich der Grundregel des § 270. I. 5., daß Verträge erfüllt werden müssen, widerstreiten, wenn die Uebernahme des bestellten Werkes nebst der Entrichtung des dafür versprochenen Lohnes oder Preises überhaupt gar nicht erzwingbar sein sollte. Die Frage aber, inwiefern beides erzwungen werden kann, und welche Form beobachtet sein muß, damit der Besteller zu dem einen wie zu dem anderen angehalten werden könne, wird durch den § 932. in keiner Art entschieden, und es würde ein Fehlschluß sein, wenn man namentlich aus dem Inhalte desselben folgern wollte, daß ein nur mündlich bestelltes Werk von dem Besteller blos, wenn er es freiwillig angenommen hat, bezahlt zu werden brauche, und daß er lediglich auf Grund des Mangels eines schriftlichen Vertrages die Annahme sowie in Folge dessen auch die bedungene Zahlung verweigern dürfe, weil alsdann bei der Allgemeinheit der gedachten Vorschrift auch der obigen Grundregel zuwider daraus abgeleitet werden müßte, daß der Besteller selbst bei der Existenz eines schriftlichen Vertrages die Uebernahme ohne allen rechtlichen Grund verweigern könnte, um sich dadurch der den Worten des Gesetzes gemäß erst nach der Uebernahme zu leistenden Zahlung zu entziehen.

Aus vorstehender Ausführung ergiebt sich aber zugleich die Unhaltbarkeit des in dem vorigen Urtheil, auch von der mangelnden Schriftlichkeit abgesehen, aus dem § 932. entnommenen

Digitized by Google

Einwandes, und es mußte daher das angefochtene Erkenntniß vernichtet, sowie nicht minder das erste Erkenntniß, wodurch Kläger ebenfalls abgewiesen worden, aufgehoben werden.

No. 80. — I. Senat. Sitzung vom 7. Dezbr. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Wirkung des Anerkenntnisses einer letztwilligen Verordnung seitens des Erben oder Legatars.

Das Anerkenntniß einer letztwilligen Verordnung seitens des Erben oder Legatars vernichtet nicht blos die Einwendungen, welche gegen ihren Inhalt, sondern auch die, welche gegen die Form der Verordnung von dem Erben oder Legatar erhoben werden können.

A. L. R. I. 12. § 611.

In ihrem wechselseitigen Testamente ernannten die E.'schen Eheleute ihren Adoptivsohn, den Schmiedemeister J., zu ihrem Erben und setzten der verehelichten T. ein nach ihrem beiderseitigen Tode zu zahlendes Legat von 700 Rthlrn. aus. Der Ehemann E. starb zuerst, und nach seinem Tode setzte die Wittwe E. der verehelichten T. in einem außergerichtlichen von ihr nur unterkreuzten Kodizille vom 15. Dezember 1841 ein zweites Legat von 400 Rthlrn. aus. Unter diesem Kodizille befindet sich folgender von dem eingesetzten Erben J. unterschriebener Vermerk:

> Vorstehende Verfügung meiner Adoptivmutter gelesen und demgemäß in Erfüllung zu bringen, beglaubigt hierunter ꝛc.

Nach dem Tode der Wittwe E. klagte die verehelichte T. beide Legate gegen den Schmiedemeister J. ein. Derselbe machte

gegen beide den Einwand der Zahlung und gegen das Legat von 400 Rthlrn. aus dem Kodizille vom 15. Dezember 1841 auch den Einwand geltend, daß dies Kodizill formell ungültig sei, und auch durch seinen unter dasselbe gesetzten Vermerk keine Verbindlichkeit zur Zahlung des Legates für ihn begründet werde. — Der erste Richter wies die Klägerin ab. Das Appellations-Gericht machte die Entscheidung noch von einem von der Klägerin über die behauptete Zahlung zu leistenden Eide abhängig und führte unter Berufung auf § 611. I. 12. des Allgem. Landrechts aus, daß der Einwand gegen die formelle Gültigkeit des Kodizills vom 15. Dezember 1841 durch den von dem eingesetzten Erben darunter gesetzten Vermerk, wodurch das Kodizill anerkannt worden, beseitigt sei.

Der Verklagte revidirte und führte in Betreff des Kodizills vom 15. Dezember 1841 aus: dasselbe sei wegen Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form unstreitig nichtig. Nach den §§ 43. 44. I. 3. des Allgem. Landrechts könne eine Handlung, die wegen Verabsäumung der gesetzmäßigen Form von Anfang nichtig war, in der Folge niemals gültig werden; es sei ihre Wiederholung in der gesetzmäßigen Form erforderlich, und erfolge dieselbe, so gelte die Handlung nur von dem Zeitpunkte ihrer Wiederholung an. Das Anerkenntniß eines Dritten, der die Handlung nicht vorgenommen habe, könne niemals als ein zur Heilung des Form-Mangels geeignetes Mittel angesehen werden, weil die Handlung nicht von seinem Willen abhängig sei. Nach diesen allgemeinen Grundsätzen könne der § 611. I. 12. des Allgem. Landrechts nicht auf die wegen formellen Mangels nichtigen, sondern blos auf die als inoffiziös zu reszindirenden letztwilligen Verordnungen bezogen werden (vergl. Koch, Landrecht Anmerkung 89. zum § 611. a. a. O.). Ebensowenig könne aus dem Vermerke unter dem Kodizill als aus einer Schenkung geklagt werden, da es an der in dem § 1063. I. 11. des Allgem. Landrechts vorgeschriebenen Form fehle.

Das Ober-Tribunal hat unter Aufhebung des Appel-

Digitized by Google

lations-Erkenntnisses die Sache zur Vervollständigung der Beweisaufnahme über den Einwand der Zahlung und zur anderweitigen Entscheidung in die zweite Instanz verwiesen, und in Betreff des zweiten gegen das Legat aus dem außergerichtlichen Kodizille vom 15. Dezember 1841 erhobenen Einwandes in den

Gründen

Folgendes ausgeführt.

Darüber, daß das außergerichtliche Kodizill der Wittwe E. vom 15. Dezember 1841 an und für sich für den Verklagten unverbindlich ist, kann ein Zweifel nach den §§ 66. und 161. ff. I. 12. des Allg. Landrechts nicht obwalten, da die Erblasserin schreibensunfähig war und daher das Kodizill nicht ge- und unterschrieben, sondern nur unterkreuzt hat. Unter das Kodizill hat indeß der Verklagte selbst den Vermerk gesetzt:

> Vorstehende Verfügung meiner Adoptivmutter gelesen und demgemäß in Erfüllung zu bringen, beglaubigt hierunter
>
> G. H. J. genannt E.

Durch diesen Vermerk hat der Verklagte sich verpflichtet, die letztwillige Verfügung seiner Adoptivmutter zu erfüllen, und somit auch der Klägerin die derselben in der letztwilligen Verfügung ausgesetzten 400 Rthlr. auszuzahlen. Dieses Versprechen hat die Klägerin nach § 81. I. 5. des Allg. Landrechts dadurch acceptirt, daß sie unbestritten die ihr übergebene, mit der Unterschrift des Verklagten versehene, Urkunde angenommen hat.

(Es wird hierauf ein in den früheren Instanzen aus dem § 466. I. 11. und dem § 2. I. 4. des Allgem. Landrechts vom Verklagten entnommener Einwand widerlegt und dann fortgefahren):

Jene Erklärung des Verklagten unter dem mehrgedachten Kodizille ist aber zugleich auch, wie dies der Appellationsrichter richtig ausführt, ein Anerkenntniß dieses Kodizills seitens des in dem Testamente der E.'schen Eheleute zum Erben eingesetzten Verklagten, und insofern ist der § 611. I. 12. des Allg. Landrechts, welcher bestimmt:

Digitized by Google

der Erbe und Legatarius, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit nicht weiter anfechten;

von dem Appellations-Richter mit Recht auf den vorliegenden Fall zur Anwendung gebracht. Mit Unrecht wendet der Verklagte hiergegen ein, die Vorschrift des § 611. setze voraus, daß die letztwillige Anordnung nicht ipso jure nichtig sei. Diese Vorschrift ist vielmehr ganz allgemein. Ein solches Anerkenntniß vernichtet nicht blos die Einwendungen, welche gegen den Inhalt, sondern auch die, welche gegen die Form der Verordnung erhoben werden können. Die letztwillige Anordnung, welche wegen äußerer oder innerer Fehler ungültig sein würde, verliert durch das Anerkenntniß des Erben und Legatars nicht ihre Fehler, aber der, welcher eine solche Anordnung einmal anerkannt hat, soll dieselbe, mit Ausnahme des hier nicht vorliegenden Falles des § 613. a. a. O., nicht mehr anfechten können. Ein solches Anerkenntniß ist ein Vergleich über die zweifelhafte Gültigkeit des Testaments.

Diese Grundsätze sind von den Gesetzrevisoren und in den Gründen der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 3. Juni 1848 (Entscheidungen Bd. 16. S. 313.) anerkannt.

No. 81. — IV. Senat. Sitzung v. 18. Dezbr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Münster.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Zahlungszeit eines Tagwechsels.

Durch die Worte „zwei Monat dato" wird die Zahlungszeit in einem Wechsel genügend festgesetzt.*

Allgem. Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 4. No. 4.

---

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 16. S. 312., Bd. 17. S. 361. 369.

Digitized by Google

Aus einem Wechsel, welcher die Bestimmung enthielt: „Zwei Monat dato zahlen Sie gegen diesen Prima-Wechsel" nahm der Inhaber den Acceptanten auf Zahlung der verschriebenen Summe wechselmäßig in Anspruch. — Derselbe wandte ein, daß die Zahlungszeit im Wechsel nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Art festgesetzt sei. Das Wort «dato» bedeute: „am heutigen Tage;" die Worte: „zwei Monat dato" seien daher gleichbedeutend mit: „zwei Monat am heutigen Tage," enthielten daher einen Widerspruch in sich selbst. Die allgemeine deutsche Wechselordnung bestimme im Art. 4., in welcher Art die Zahlungszeit in einem Wechsel nur festgestellt werden könne, und nach *ihr* hätte der Ausdruck gebraucht werden müssen: „Zwei Monat à dato, de dato, oder nach dato."

Die Instanzrichter verwarfen diesen Einwand und verurtheilten den Verklagten nach dem Klageantrage, und auch das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen —

in Erwägung:

daß, wie durch die in dem Leipziger Konferenz-Protokolle vom 25. Oktober 1847 No. IV. niedergelegte Berathung des Art. 4. No. 4. der Wechselordnung bestätigt wird, die Bestimmung dieses Artikels, nach welcher die Zahlungszeit im Wechsel unter Anderem gültig „auf eine bestimmte Zeit nach dem Tage der Ausstellung (nach dato)" festgesetzt werden kann, nicht den Zweck hat, eine neue, ausschließliche Form dieser Art der Bezeichnung der Zahlungszeit zu schaffen und die bisher üblichen Formen als unzulässig und gesetzwidrig zu beseitigen; daß dabei vielmehr die Absicht vorgewaltet hat, mit den in dem Hauptsatze dieser Vorschrift und in der zugefügten Parenthese gebrauchten Ausdrücken an die im Verkehr bisher üblich gewesenen Bezeichnungen anzuknüpfen; daß hiernach die Ausdrücke: „nach dem Tage der Ausstellung, nach dato" nicht eine ausschließlich vorgeschriebene, die Gültigkeit des Wechsels bedingende Form der Bezeichnung der Zahlungszeit im Dato-Wechsel aufstellen, daß

Digitized by Google

vielmehr der Gebrauch eines anderen Ausdrucks zulässig ist, daß aber dieser andere Ausdruck unzweideutig denselben Sinn wiedergeben, oder, wie es in dem bezeichneten Konferenz-Protokolle lautet, ein gleichgeltender sein muß; daß die in dem eingeklagten Wechsel gebrauchte Bezeichnung: „zwei Monat dato" unzweideutig ist, und nach den Zeugnissen bewährter Schriftsteller, sowie nach den ausdrücklichen Bestimmungen älterer Wechselordnungen, im Verkehr gleiche Geltung mit den Ausdrücken: „nach dato, à dato, de dato" gehabt hat und noch hat, demnach die Zahlungszeit in dem eingeklagten Wechsel vom Appellations-Richter mit Recht für gültig festgesetzt erachtet ist, und die dagegen erhobene Rüge der Verletzung des Art. 4. No. 4. der Wechselordnung unbegründet erscheint.

No. 81. – Zur Lehre vom Besitze.

Nachwort

zu dem

Rechtsfalle No. 21. Band XI. Seite 89. ff. dieses Archivs.

A. L. R. I. **7**. §§ 96-98. 106. 122. 146-150. 154. 184., **21**. §§ 231. bis 233., II. **20**. §§ 1184. 1187.; A. G. O. I. **31**. §§ 1-3. 14.; Lex 49. § 1. Dig. de acq. vel amitt. poss., **41**. 2. und Lex 2. Dig. uti possidetis, **43**. 17.

Die in der Note Band XI. Seite 89. und 90. dieses Archivs enthaltenen Bemerkungen führen wir hiermit weiter aus.

Man hat häufig sowohl zwischen den vom Erwerbe des Besitzes handelnden §§ 96. ff. I. 7. des Allgem. Landrechts einerseits und den §§ 242. a. a. O. und 1184. und 1187. II. 20. des Allgem. Landrechts andererseits, als auch zwischen den §§ 122. und 146. ff. I. 7. daselbst, insofern diese Gesetzesstellen

Digitized by Google

den Verlust des Besitzes betreffen, einen Widerspruch zu erblicken geglaubt.

Neben dem Marginale:

„Fehler, welche die Besitzergreifung hindern: Gewalt, Betrug, Verheimlichung, precarium."

bestimmen nämlich:

§ 96.: Durch Handlungen unerlaubter Privatgewalt kann der Besitz einer Sache niemals erlangt werden.

§ 97.: Ebensowenig können durch Gewalt erzwungene, oder durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen den Besitz eines Rechts bewirken.

§ 98.: Auch durch heimlich unternommene Handlungen kann der Besitz im rechtlichen Sinne weder erworben noch fortgesetzt werden.

Dagegen ist in dem § 242. a. a. O. von dem, welcher mittelst einer durch Strafgesetze verbotenen Handlung zum Besitze einer Sache gelangt ist, die Rede; § 1184. II. 20. des Allgem. Landrechts spricht zu dem Marginale:

„Gewaltthätige Besitznehmung fremden Eigenthums",

von dem, welcher unbewegliche Sachen ohne Recht gewaltsamer Weise in Besitz nimmt, und nach § 1187. daselbst macht sich der eines Raubes schuldig, wer durch Gewalt an Menschen bewegliche Sachen, zu denen er kein Recht hat, in Besitz *nimmt*. Daß diese Paragraphen durch das neue Strafgesetzbuch aufgehoben sind, ist ersichtlich nicht erheblich, wenn es sich um den landrechtlichen Begriff des Besitzes handelt.

Was ferner den Verlust des Besitzes betrifft, so hört nach § 122. I. 7. des Allgem. Landrechts der vorige Besitz auf:

„wenn ein Anderer den Besitz einer aus der Gewahrsam des vorigen Besitzers gekommenen Sache auf eine fehlerfreie Art (§§ 96–108.) ergriffen hat."

Er hört also nicht auf, wenn der Besitz auf eine fehlerhafte Art erlangt ist.

Damit scheinen aber wiederum die Bestimmungen der §§ 146.

Digitized by Google

147 und 150. a. a. O. in Widerspruch zu stehen, welche darüber sich verbreiten,

wenn der Besitz Jemandem mit Gewalt entnommen ist (§ 146.),

wenn Jemand die Sache oder das Recht heimlich, durch List oder bittweise von dem vorigen Besitzer an sich gebracht hat (§ 147.),

wenn Jemand seines Besitzes durch Gewalt, heimlich oder durch List entsetzt worden (§ 150.).

Auch das Marginale zu diesen Gesetzen spricht von der Wiederherstellung des durch Gewalt oder List, heimlich oder bittweise entnommenen Besitzes.

„Weiset“, sagt ferner § 184. a. a. O., „Jemand nach, daß ihm der Besitz einer Sache durch Gewalt, List oder Betrug entnommen worden, so ist der gegenwärtige Besitzer den Titel, aus welchem er besitzt, anzugeben verbunden.“

Man hat diese anscheinenden Widersprüche wohl durch die Behauptung zu lösen gesucht, daß durch die Handlungen, von denen die §§ 96. ff. a. a. O. sprächen, zwar nicht der Besitz erworben werden, wohl aber verloren gehen könne. Dem widerspricht indessen nicht nur der Inhalt der bezogenen §§ 242. I. 7., 1184. und 1187. II. 20. des Allg. Landrechts, nach welchen der Besitz gewaltsamer Weise erlangt werden kann, sondern auch der angeführte § 122. I. 7. des Allgem. Landrechts, nach welchem der bisherige Besitz in Folge der Besitzergreifung durch einen Andern nur dann aufhört, wenn letztere auf fehlerfreie Art erfolgt ist; auch ist jene Annahme mit dem § 14. I. 31. der Allgem. Gerichts-Ordnung nicht zu vereinigen.

Die Lösung der anscheinenden Widersprüche ist anderswo zu suchen.

Nach Papinian ist der Besitz nicht blos etwas Thatsächliches, sondern auch etwas Rechtliches, — »possessio non tantum corporis, sed et juris est« (Lex 49. § 1. Dig. de acq. vel amitt. poss. 41. 2.).

Digitized by Google

Dies dürfte auch wohl ebensowenig jemals in Frage gestellt sein, als daß zum Schutze des Besitzers gegen gewisse, seinem Besitze widerstreitende Handlungen Rechtsmittel, Interdikte, gegeben sind. Allein über das Wesen des rechtlichen Bestandtheils des Besitzes und dessen Verhältniß zum thatsächlichen Element und insbesondere darüber: ob das Recht mit dem bloßen Faktum des Besitzes als dessen unmittelbare Folge zur Existenz gelangt und im konkreten Falle der Beeinträchtigung des Besitzes nur Anerkennung und Schutz findet, die Interdikte somit zum Besitze in einem ähnlichen Verhältnisse stehen, wie die rei vindicatio zum Eigenthum, und demnach das Recht des Besitzes zu den dinglichen Rechten zu zählen ist, oder ob das Recht erst durch gewisse ihrer Form nach unerlaubte Handlungen, gegen die Person des Besitzers verübt, erzeugt wird, so daß der Besitz nicht Grund, sondern nur Bedingung des Rechts ist, die Interdikte sich als actiones ex delicto darstellen, und das jus possessionis in das Obligationen-Recht gehört, — darüber ist seit langer Zeit lebhafter Streit geführt, der auch jetzt noch nicht entschieden ist. Vergleiche:

Donellus, de jur. civ., 5. 6. 16.;
Lauterbach, collegium, 41. 2. 4.;
Cocceji, jus controv., 1. 8. 2.;
Berger, oeconomia juris, 2. 6. 1.;
v. Savigny, Recht des Besitzes, 6. Aufl., S. 30–58. und die dort zitirten Schriftsteller, und
v. Vangerow, Pandekten, 1. 602. ff.

Welche von diesen Ansichten nach Römischem Rechte auch die richtige sein mag, jedenfalls ist die erstere diejenige, welche im Anschlusse an den Ausspruch von Paulus (Lex 2. Dig. uti possidetis, 43. 17.): Possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet, die Redaktoren dem System unseres Gesetzbuches zum Grunde gelegt haben.

Digitized by Google

In den Vorbemerkungen zur revisio monitorum zum ersten Entwurf sagt Suarez:

„Hier, wo der Besitz blos als eine Quelle von Sachen-Rechten betrachtet wird, kann blos de jure possessionis, d. h. von den Rechten und Pflichten, welche ex facto seu statu possessionis entspringen, die Rede sein ꝛc. Ich glaube daher, daß man hier blos von den Rechten und Pflichten sprechen muß, welche dem Besitzer zukommen, quia possidet.“

Nachdem Suarez sodann mehre Mängel des Entwurfes gerügt hat, fährt er fort:

„Wenn vorstehende monita approbirt werden sollten, so ꝛc. müßte man dabei, soviel möglich, vom Besitze nur immer reden, quatenus est factum, und nur die jura possessionis überhaupt, soweit sie aus diesem facto seu statu possessionis ohne Rücksicht auf die causam oder den titulum possessionis entspringen, vortragen.“

(Simon und v. Strampff's Zeitschrift, Bd. 3. S. 111. ff.)

Diese Grundsätze sind in den späteren Entwürfen und unserem aus ihnen hervorgegangenen Gesetzbuche zur Geltung gelangt.

Der Besitz als bloße Thatsache, als Gewahrsam, verbunden mit der Absicht des Inhabers, über die Sache für sich zu verfügen (§ 3. I. 7. des Allg. Landrechts), ist seinem Wesen nach unabhängig von der Art und Weise, wie jenes Faktum zu Stande gekommen ist; — durch welche Mittel sich auch der Besitzer in das Verhältniß zur Sache gesetzt haben mag, welches Besitz genannt wird, letzterer ist vorhanden und muß vorhanden sein, wo jenes Verhältniß angetroffen wird, — der Räuber ist daher ebensowohl Besitzer der geraubten, als der Dieb der gestohlnen Sache. Von diesem rein thatsächlichen Besitze ohne rechtliches Moment reden nun die zitirten §§ 3. 242. I. 7. und die §§ 1184. und 1187. II. 20. des Allgem. Landrechts. Nach seinem Begriffe ist der Besitz als bloßes Faktum aus zwei Bestandtheilen, Gewahrsam und einer gewissen Absicht, zusam-

Digitized by Google

mengesetzt, er besteht, wo Beide vereinigt sind, und besteht nicht, wo Einer von Beiden fehlt, — der Besitz hört deshalb auf, wenn dem bisherigen Besitzer die Gewahrsam entzogen wird, ohne Unterschied, ob eine erlaubte oder unerlaubte Handlung die Ursache der Entziehung ist. Hierauf gründen sich die Bestimmungen der oben allegirten §§ 146–150. und 184. I. 7. des Allgem. Landrechts und des § 3. I. 31. der Allgem. Gerichts-Ordnung.

Allein der Besitz als Faktum ist die Quelle eines Rechts, — dieser Umstand verleiht dem bloßen Faktum rechtliche Bedeutung und erhebt den Besitz zu einem Rechtsverhältnisse. Wie den Eigenthümer in seiner Befugniß, unbeschränkt über seine Sachen zu verfügen, kein Dritter hindern darf, so steht auch dem Besitze, als der dem Besitzer gegebenen faktischen Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, ein, wenngleich beschränktes, Recht zur Seite, daß nämlich Niemand dies faktische Verhältniß durch gewisse Handlungen beeinträchtige. Dies Recht des Besitzes, jus possessionis, wird nicht erst durch die Beeinträchtigung des Besitzes erzeugt, es besteht vielmehr, als eine Folge des bloßen Besitzes und lediglich durch denselben hervorgebracht, vor jeder Verletzung und gewährt durch seine Existenz die Möglichkeit einer rechtswidrigen Einwirkung auf den Besitzer von Seiten eines Dritten. Es geht durch die Besitzentsetzung und Besitzstörung ebensowenig verloren, als mit dem Aufhören des Besitzes das Eigenthum des Eigenthümers erlöscht, sondern gelangt gerade durch jene zur äußeren Erscheinung und Wirksamkeit. Obschon, wie das Zitat der §§ 28. ff. I. 6. im § 148. I. 7. des Allg. Landrechts andeutet, durch die Verletzung eine den Thäter, dessen Theilnehmer und deren Erben umfassende, auf Rückgabe, Sicherheitsbestellung u. s. w. gerichtete obligatio ex delicto herbeigeführt wird, so ist doch das Recht des Besitzes an und für sich, bei Berücksichtigung, daß nicht dem Besitzer eine bestimmte, verpflichtete Person gegenüber steht, vielmehr jedem Dritten nur die negative Verpflichtung obliegt, gewisser Eingriffe

Digitized by Google

in das thatsächliche Verhältniß des Besitzers zur Sache sich zu enthalten, zu den dinglichen Rechten zu zählen und geht, wie bereits Leyser (spec. 371., med. 5.) für das Gemeine Recht geltend zu machen gesucht hat, und wir mit v. Daniels (Preuß. Privatrecht, I. § 190. und Note 1.) gegen die Majorität des Ober-Tribunals (Entscheidungen Bd. 17., S. 4. ff.) auch für das System unseres Gesetzbuches behaupten müssen, gleich jedem anderen nicht an die Person des Erblassers gebundenen Vermögensrechte sofort mit dessen Tode auf den Erben über, wenn gleich letzterer sich noch nicht in den körperlichen Besitz des Nachlasses gesetzt hat.

Ist nun aber dieß die Bedeutung des rechtlichen Elements des landrechtlichen Besitzes, so mußte, wenn das Grundprinzip unseres Gesetzbuchs, nach welchem unerlaubte Handlungen für den Handelnden zwar Pflichten, aber keine Rechte erzeugen, nicht verlassen, sondern dem sittlichen Charakter desselben auch in der Lehre vom Besitze treu geblieben werden sollte, von der entgegengesetzten Regel des Römischen Rechts, nach welcher der vitiöse Besitzerwerb die Interdikte nicht ausschließt (v. Savigny, § 38. S. 491., § 40. S. 520.), abgegangen werden, und dies ist geschehen durch die im Eingange mitgetheilten Vorschriften der §§ 96–98. I. 7. des Allg. Landrechts. Nach ihnen kann durch Handlungen der Gewalt, des Betruges u. s. w. „der Besitz“ (§§ 96. und 97.), der „Besitz im rechtlichen Sinne“ (§ 98.), nicht erworben werden.

Ueber die Bedeutung dieser Ausdrücke herrschen verschiedene Ansichten.

Bornemann findet in den zitirten §§ 96. ff. die Art und Weise bestimmt, wie der Besitz beschaffen sein müsse, so daß der rechtlich anerkannte oder juristische Besitz dem Rechtsprinzip nicht geradezu widerspreche. (System I. 81.)

Thöne, Preuß. Privatrecht, Bd. 2. S. 303., sagt:

„Der vitiöse Besitzer ist Besitzer, aber kein Besitzer „im rechtlichen Sinne“, d. h. kein solcher, welcher auf die Wir-

kungen des Besitzes Anspruch machen kann; es fehlt ihm blos Etwas an seinem Besitze, dessenungeachtet kann er aber im Ganzen bleiben, was er ist, nämlich Besitzer."

Koch (Kommentar zu § 96. I. 7.) versteht unter „Besitz im rechtlichen Sinne" die Römische possessio civilis, den Usukapionsbesitz.

von Daniels (I. § 189. a. a. O.) faßt die §§ 96. ff. dahin auf, daß durch fehlerhafte Handlungen Rechte des Besitzes nicht erworben werden können.

In dem Bd. 17. S. 312. ff. dieses Archivs abgedruckten Urtheile des Ober-Tribunals wird am Schlusse gesagt: daß die Kläger beim Mangel des auf einen Titel gestützten guten Glaubens an der Rechtmäßigkeit ihres Besitzes immer Inhaber blieben und als solche die possessorischen Schutzmittel gegen Jeden mit Recht in Anspruch nehmen würden, dem sie nicht selbst mit Gewalt, heimlich oder bittweise den Besitz genommen hätten, und werden dabei die §§ 96. 98. 141. 144. 146. und 147. I. 7. des Allgem. Landrechts zitirt.

Unsere Ansicht ist folgende.

Der § 106. I. 7. des Allg. Landrechts liefert den Schlüssel zum Verständniß. Er lautet:

> „Aus Handlungen, Leistungen oder Duldungen, wodurch an sich eine Besitzergreifung bewirkt werden könnte, entsteht dennoch kein Besitzrecht, sobald erhellet, daß der Andere dieselben nicht auf den Grund einer vorhergehenden Verpflichtung, sondern nur aus Freundschaft und Gefälligkeit vorgenommen oder gestattet habe."

Unter „Besitzrecht" kann nur eins von beiden, entweder das Recht zum Besitze, oder das Recht des Besitzes verstanden werden. Die §§ 169. ff. I. 7. gebrauchen das Wort in der ersteren Bedeutung. Dieser Sinn kann ihm aber im § 106. nicht beiwohnen, denn theils beginnt die Lehre vom Rechte zum Besitze erst mit dem § 161., wogegen bis zum § 160. von dem Rechte des Besitzes gehandelt wird, theils wäre sonst der § 106. überflüssig. —

Digitized by Google

Niemand bezweifelt, daß das Prekarium kein Recht zum Besitze erzeugt; es war nur eine Bestimmung darüber nothwendig, ob auch der auf prekäre Weise erworbene Besitz auf Schutz im Possessorien-Prozesse Anspruch machen könne. Endlich stehen mit den aus Freundschaft und Gefälligkeit geleisteten Handlungen des § 106., welche, wenn sie auch an sich den Besitz als Faktum zu begründen geeignet sind, doch kein „Besitzrecht“ erzeugen, die Handlungen unerlaubter Privatgewalt, die betrüglichen und heimlicher Weise vorgenommenen Akte der §§ 96–98., durch welche „der Besitz“, „der Besitz im rechtlichen Sinne“ nicht erlangt werden soll, in gleicher Linie. Offenbar aber kann unter dem Worte „Besitz“ nicht das Recht zum Besitze verstanden werden. Kann nun hiernach „das Besitzrecht“ des § 106. nicht das Recht zum Besitze bezeichnen sollen, so muß dasselbe gleichbedeutend mit „Recht des Besitzes“ sein, und dieselbe Bedeutung auch den Worten „Besitz“, „Besitz im rechtlichen Sinne“ in den §§ 96–98. beiwohnen. Daß in dem § 106. nur von Besitz an Rechten die Rede ist, in den §§ 96–98. aber auch vom Besitze an Sachen gehandelt wird, ist für die vorliegende Frage ersichtlich ohne Erheblichkeit.

Gegen diese Auffassung des Worts „Besitzrecht“ wird vielleicht erinnert, daß nach den §§ 231 bis 233. I. 21. des Allgem. Landrechts der Prekarist nicht Besitzer, sondern bloßer Inhaber sei, somit das Besitzrecht des § 106. eine andere Bedeutung haben müsse. Allein, wenn der § 106. den Prekaristen dem bloßen Inhaber hätte gleichstellen wollen, dann müßten die Worte:

„entsteht dennoch kein Besitzrecht“

soviel heißen, als:

„entsteht dennoch kein Besitz im faktischen Sinne des Worts.“

Eine solche Bedeutung läßt sich aber mit dem Worte „Besitzrecht“ schon an sich nicht verbinden. Andern Falls müßte aber auch dieselbe Bedeutung den Worten „Besitz“ und „Besitz im rechtlichen Sinne“ beigelegt werden, und dann wäre die Anti-

Digitized by Google

nomie der §§ 96. ff. und der oben zitirten Gesetze §§ 242. u. s. w. unbestreitbar. Die §§ 231—233. a. a. O. sind indessen hier nicht von Erheblichkeit. Die §§ 231. und 232. verordnen nur, daß der, welcher eine Sache auf unbestimmte Zeit geliehen hat, für einen bloßen Inhaber zu erachten sei, so daß der Einräumende die Sache zu jeder Zeit aus eigener Macht wieder an sich nehmen kann; dasselbe soll nach § 233. auch dann stattfinden, wenn eine unbewegliche Sache oder ein Recht den Gegenstand des Leih-Vertrages bildet, ohne daß letzterer schriftlich abgefaßt ist. Wenn nun zwar auch das Marginale zu § 231. „Prekarium“ lautet, so ist doch hiermit keinesweges die Regel ausgedrückt, daß der Prekarist überhaupt nur Inhaber und nicht Besitzer sei, vielmehr ist blos dem Leiher in den speziellen Fällen der §§ 231. bis 233. a. a. O. der Besitz abgesprochen, und das in diesen Fällen obwaltende Verhältniß von dem Marginale Prekarium genannt.

Der Sinn der §§ 96. ff. ist hiernach folgender:

Durch die in diesen Gesetzesstellen aufgeführten Handlungen kann nicht der Besitz als Recht, im Gegensatze des Besitzes als bloßes Faktum, nicht der rechtliche Bestandtheil des Besitzes im weiteren Sinne des Worts, nicht der Besitz, welcher auf Schutz im Possessorien-Prozesse Anspruch machen kann, erlangt werden.

Die Materialien bestätigen die bisherige Ausführung.

Der § 98. des ungedruckten Entwurfs lautete:

> Mit Gewalt erzwungene oder durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen bewirken kein Besitzrecht.

Hierzu bemerkte Suarez:

> Noch mehr, sie wirken keinen Besitz; der, welcher zur Ausübung eines Rechts nur auf solche Art gelangt ist, hat nicht nur kein jus ad possidendum, sondern er hat auch kein jus possessionis. (Zeitschrift a. a. O. Seite 147.)

Zum richtigen Verständniß dieser Worte ist auf den damaligen Sprachgebrauch Rücksicht zu nehmen. Nach ihm begriff man unter jus possessionis im weiteren Sinne sowohl das

Digitized by Google

Recht zum Besitze als das Recht aus dem Besitze. So sagt Nettelbladt, systema elem. univ. jurisprud., § 294.:

Possessio vel quasi possessio, quatenus est juris, seu potius ius possessionis in sensu generali, est ius ad rei possessionem vel quasi possessionem, et omne jus, quod ex ea qua tali oritur. Unde patet, jus possessionis in hoc sensu generali sumtum in duas abire species, nimirum jus ad rei possessionem seu quasi possessionem, et jus ex ea qua tali. Cum vero detur jus ad possessionem vel quasi, quod simul est jus ex ea qua tali, duae species juris possessionis in sensu latiori sumti sic concipi debent, quod una earum sit jus ad possessionem vel quasi possessionem, sicque jus alios a possessione vel quasi excludendi, ex possessione vel quasi possessione qua tali non ortum, quod jus possidendi (das Recht zum Besitz), altera vero sit jus, quod oritur ex possessione vel quasi qua tali, quod jus possessionis vel quasi possessionis (das Recht aus dem Besitz) appellatur.

Demgemäß faßte Suarez das „Besitzrecht" des § 98. des Entwurfs als gleichbedeutend mit »jus ad possidendum« auf. In diesem Sinne erschien ihm der Entwurf nicht ausreichend, indem er der Meinung war, daß die Handlungen, von welchen der § 98. des Entwurfs spricht, kein »jus possessionis« und deshalb keinen „Besitz" bewirkten. Unter jus possessionis kann er daher nur den rechtlichen Bestandtheil des Besitzes, oder, wie der Ausdruck im § 98. I. 7. des Allg. Landrechts glücklich gewählt ist, den Besitz im rechtlichen Sinne verstanden haben. Diesem monitum entspricht zwar nicht der gedruckte Entwurf, indem Suarez eine andere hier nicht weiter in Betracht kommende Unterscheidung vorgeschlagen hatte,

(Bornemann, I. § 81.)

wohl aber der umgearbeitete Entwurf.

Daß die entwickelte Bedeutung mit dem Worte „Besitz" in

Digitized by Google

den §§ 96. und 97. verbunden ist, darf nicht befremden. Wie »possessio« sehr verschiedene Begriffe umfaßt,

(siehe Mühlenbruch, doctr. pand., II. § 344., und
v. Wenig-Ingenheim, Civilrecht, I. § 166. Anm. z. z.)

und namentlich nicht blos zur Bezeichnung des Besitzes in seinen faktischen und rechtlichen Elementen, sondern zuweilen auch lediglich in Beziehung auf letztere gebraucht zu sein scheint,

(vergl. Lex 3. § 5. und Lex 17. pr. Dig. de acq. vel amitt. poss. 41. 2.,
Lauterbach, 41. 2. 2., und
v. Savigny, S. 185–192.)

so ist auch die Bedeutung unseres „Besitzes" eine vielfache. Es lag nahe, wie das Wort „Eigenthum" bald die Sache, welche Gegenstand des Eigenthumsrechts ist, bald letzteres selbst bezeichnet, so auch unter dem Worte „Besitz" das Recht des Besitzes nicht minder, als das Faktum des Besitzes zu begreifen.

Wenn die vorstehende Ausführung richtig ist, so folgt von selbst, daß die §§ 96. ff. mit den lediglich vom faktischen Besitze redenden §§ 242. I. 7. und 1184. und 1187. II. 20. des Allgem. Landrechts ebensowenig, als mit dem § 14. I. 31. der Allgem. Gerichts-Ordnung in Widerspruch stehen.

Auch die §§ 111 bis 123. I. 7. des Allg. Landrechts bieten nunmehr keine Schwierigkeiten dar. Wenngleich, wie oben bemerkt, der Besitz in faktischer Beziehung nothwendig mit dem Aufhören der Gewahrsam verloren geht, so folgt doch, wie der § 111. bestimmt, aus dem Verlust der Gewahrsam noch nicht der Verlust des Besitzes im rechtlichen Sinne. Dieser hört vielmehr auf:

a) Wenn ein durch die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß es dem Besitzer unmöglich wird, die verlorne Gewahrsam wieder zu erlangen (§ 116.), indem durch diese Unmöglichkeit das Recht des Besitzes seine Wirksamkeit verliert, und somit zu existiren aufhört,

b) Wenn der Besitzer freiwillig sich des Besitzes entschlagen (§ 117.), die Sache derelinquirt hat (Zeitschrift a. a. O. S. 276.),

Digitized by Google

c) Wenn ein Dritter auf eine fehlerfreie Weise den Besitz ergriffen hat (§ 122.), — denn gegen einen solchen kann der vorige Besitzer nicht die Possessorienklage anstellen, sondern nur sein besseres Recht zum Besitze geltend machen, §§ 161. ff. daselbst, — und

d) Wenn der bisherige Besitzer seinen Besitz einem Andern übertragen hat.

Hiernach harmonirt denn auch der § 122. sehr wohl mit den §§ 146. ff., und § 184. I. 7. des Allgem. Landrechts.

Insoweit die oben erörterten §§ 96. ff. den Erwerb des Besitzes im rechtlichen Sinne von dem Mangel gewisser Thatumstände abhängig machen, haben sie nun aber durch § 14. I. 31. der Allgem. Gerichts-Ordnung einen wesentlichen Zusatz erhalten, indem durch ihn auch dem offenbar unredlichen Besitzer der Besitzschutz abgesprochen ist. Unredlicher Besitzer ist, wer es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitze (§ 11. I. 7. des Allgem. Landrechts); es muß deshalb anerkannt werden, daß das Recht zum Besitze insofern im Possessorien-Prozesse zur Erörterung zu ziehen ist, als sich sonst die Einrede des Beklagten (Archiv, Band 14. Seite 158. ff.), daß Kläger den Besitz unredlicher Weise erlangt habe, nicht beurtheilen läßt.

Dagegen geht das Urtheil des Ober-Tribunals vom 11. Februar 1853 (Archiv, Band 9. Seite 3. ff.) unseres Erachtens zu weit, wenn in dessen Gründen gesagt wird: Ohne Untersuchung des Rechts lasse sich ganz und gar nicht feststellen, ob Jemand fehlerhafterweise zum Besitz gelangt sei. Denn die Fehlerhaftigkeit der Besitzergreifung, welche in den §§ 96. bis 108. näher charakterisirt ist, hängt von der Form des Erwerbs ab und hat mit dem Rechte Nichts gemein. Insofern hat deshalb die Ober-Tribunals-Entscheidung vom 14. Oktober 1850 (Zusammenstellung No. 28., Justiz-Ministerial-Blatt für 1854 S. 106. ff.) die Erörterung der von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes verschiedenen Frage, ob der Erwerb des Besitzes

Digitized by Google

ein rechtmäßiger sei, im Possessorium mit Recht für unstatthaft erklärt.

Es muß ferner dem Präjudize No. 1158. (Sammlung S. 23.) darin beigetreten werden, daß die Vorschriften der §§ 96. ff. I. 7. des Allg. Landrechts nur demjenigen entgegenstehen, der den Besitz auf fehlerhafte Weise ergriffen hat, nicht seinem Nachfolger im Besitze, dem letztern daher die possessorischen Rechtsmittel auch gegen den zustehen, welchen sein Besitzvorgänger vi, clam, precario des Besitzes entsetzt hat, insofern nämlich von dem Besitznachfolger der Besitz fehlerfrei ergriffen ist.

Allein der Ausführung in dem Erkenntnisse vom 2. Dezember 1853 (Archiv, Bd. 11. S. 89. ff.), welcher sich das Urtheil vom 29. Juni 1855 (Archiv, Bd. 17. S. 312. ff.) anschließt, und nach welcher, ähnlich wie nach Römischem Rechte bei den Interdikten uti possidetis und utrubi (v. Savigny, S. 40. ff.), nur demjenigen gegenüber, welchem der Besitz auf die in den §§ 19. und 146. ff. I. 7. des Allgemeinen Landrechts bezeichnete unredliche oder fehlerhafte Weise entzogen ist, die bloße Thatsache des neuesten Besitzes keinen Schutz im Possessorien-Prozesse finden soll, können wir nicht beipflichten. Weder der § 14. I. 31. der Allg. Gerichts-Ordnung noch die daselbst allein zitirten §§ 19. und 147. I. 7. des Allgem. Landrechts sagen davon Etwas; — § 19. ist anscheinend nur bezogen, um einen Fall, in welchem eine unredliche Besitzergreifung anzunehmen ist, anzuführen; der im § 14. zitirte § 147. I. 7. des Allgem. Landrechts paßt aber gar nicht hierher, indem er nur von dem Falle handelt, wenn der Beklagte den Besitz heimlich u. s. w. von dem vorigen Besitzer an sich gebracht hat, nicht aber davon, wenn der Beklagte behauptet, daß Kläger vom Beklagten den Besitz auf fehlerhafte Weise erlangt habe; das Zitat des § 147. I. 7. des Allgemeinen Landrechts scheint daher ein Druckfehler zu sein, statt der §§ 96. ff. I. 7. des Allgem. Landrechts. Diese sind der Sitz der Materie. Nach ihnen kann durch Handlungen unerlaubter Privatge-

Digitized by Google

walt u. s. w. das rechtliche Element des Besitzes überhaupt nicht erlangt werden; wer auf fehlerhafte (§ 14. I. 31. der Allgem. Gerichts-Ordnung) oder auf unredliche Weise den Besitz ergriffen, hat in Uebereinstimmung mit § 35. I. 3. des Allg. Landrechts kein Recht des Besitzes erworben, beim Mangel dieses Rechts kann nicht wegen Verletzung desselben eine Possessorienklage erhoben werden, und deshalb kann jeder Beklagte den fehlerhaften oder unredlichen Besitz des Klägers rügen, ohne daß, wie Koch, Besitz, S. 269., annimmt, diese Einrede im Munde dessen, gegen den die Gewalt u. s. w. vom Kläger nicht verübt ist, als eine exceptio de jure tertii erschiene. Von denselben Grundsätzen ist auch das Ober-Tribunal in dem Urtheile vom 18. Mai 1847 (Rechtsfälle, Bd. 1. S. 170. ff.) ausgegangen.

Freilich ist hiernach möglicherweise der vitiöse Besitzer fortwährenden Störungen ausgesetzt, ohne Schutz beim Richter suchen zu können. Indessen durfte das Gesetz, wenn es sich mit einer seiner schönsten Grundprinzipien nicht in Widerspruch setzen wollte, der Unredlichkeit keinen Schutz verleihen. Zudem kann gegen Gewalt jeder Inhaber, folglich auch der unredliche und fehlerhafte Besitzer, sich selbst vertheidigen (§ 142. I. 7. des Allgem. Landrechts), und „die Inkonveniencen, welche dadurch entstehen, können", wie der Verfasser der Zusammenstellung Seite 106. No. 25. bemerkt, „durch das Einschreiten der Polizeibehörden beseitigt werden."

Wenn aber etwa eingewendet werden sollte, selbst der Inhaber, folglich umsomehr der Besitzer, wenngleich sein Besitz vitiös sei, könne, insofern er gewaltsamer Weise aus der Gewahrsam gesetzt sei, die Possessorienklage anstellen,

(Archiv, Bd. 17. S. 316. am Schlusse,)

so können wir die Richtigkeit des Vordersatzes nicht zugeben. Der § 141. I. 7. des Allgem. Landrechts, nach welchem gegen Gewalt jeder Inhaber und Besitzer geschützt werden muß, hat keineswegs dem Inhaber, gegen den Gewalt verübt ist, eine

Digitized by Google

Besitzklage ertheilen wollen, er giebt vielmehr nur das Motiv an, weßhalb dem Inhaber ebenso wie dem Besitzer die Selbsthülfe unter gewissen Schranken in den folgenden §§ 142. und 143. gestattet ist; — es müßte sonst, da der § 141. in Beziehung auf das in ihm ausgesprochene Prinzip den Inhaber und Besitzer einander gleichstellt, im § 146. dem ersteren ebensowohl als dem letztern die Possessorienklage gegeben sein, was aber nicht geschehen ist, da der § 146. nur auf den Besitzer anzuwenden ist, wie dies das Marginale und die folgenden Paragraphen und insbesondere die Worte des § 154.:

> Von vorstehenden Befugnissen (§§ 146–153.) kann *nur* derjenige Gebrauch machen, welcher nachzuweisen vermag, daß er sich ꝛc. im ruhigen *Besitze* befunden habe,

klar ergeben, und die §§ 1. ff. I. 31. der Allgem. Gerichts-Ordnung, welche den *Besitz* als Bedingung der Possessorienklage hinstellen, bestätigen.

Die Worte des § 146. „die Gewahrsam oder der Besitz" beziehen sich auf das, was dem Kläger dadurch genommen ist, daß es der Beklagte sich angemaaßt hat, — es soll nicht unterschieden werden, ob der Beklagte, welcher den Kläger des Besitzes entsetzt hat, blos Inhaber oder Besitzer ist.

Der § 162., nach welchem der bloße Inhaber die seiner Gewahrsam entkommene Sache nur von demjenigen zurückfordern kann, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, spricht nicht von der Possessorienklage, sondern gehört zu den, wie bereits oben bemerkt ist, mit dem § 161. beginnenden Bestimmungen des siebenten Titels, welche das in petitorio zu verfolgende Recht zum Besitze betreffen. Von der Zulässigkeit der *petitorischen* Klage läßt sich aber umsoweniger auf die Statthaftigkeit der *possessorischen* Klage schließen, als bei letzterer der vom Beklagten erhobene Einwand des *Rechts* unstatthaft erscheint.

Auch der § 561. I. 21. des Allgemeinen Landrechts steht dieser Ausführung nicht entgegen, da nur dem *Besitzer*, und zwar lediglich demjenigen, welcher die zu retinirende Sache in

Digitized by Google

seiner körperlichen Gewahrsam hat, das Retentionsrecht gebührt, wie dies die §§ 537. ff. über allen Zweifel erheben.

Daß hiernach der Inhaber unter gewissen Bedingungen gegen Gewalt sich selbst schützen und doch nicht wegen gewaltsamer Entsetzung aus der Gewahrsam klagen kann, darf nicht befremden. Es fehlte an jedem Grunde, von der im § 78. der Einleitung des Allgem. Landrechts generell als statthaft anerkannten Selbsthülfe beim Inhaber eine Ausnahme zu machen. Ein Bedürfniß aber, dem bloßen Inhaber die Possessorienklage zu gewähren, und in dieser Hinsicht vom Gemeinen Recht abzuweichen, lag in der That umsoweniger vor, als der Begriff des Besitzes durch die Neubildung des unvollständigen Besitzes bereits eine erhebliche Erweiterung erfahren hatte. Dem Besitzer gegenüber, in dessen Namen der Inhaber die Gewahrsam ausübt, konnte von einer Klage schon deshalb nicht die Rede sein, weil der Besitzer den Inhaber aus eigener Macht zu allen Zeiten der Gewahrsam entsetzen kann (§ 144.); Dritten gegenüber kann aber der Inhaber in den Schranken der §§ 142. und 143. sich selbst schützen, und muß der Richter angegangen werden, so steht dem, für den der Inhaber die Sache in Gewahrsam hat, die Besitzklage zu. Selten oder nie mag aber es vorkommen, daß der Inhaber, der für einen Andern ebensowenig besitzt, als er die Absicht hat, für sich selbst zu besitzen, lediglich als Inhaber possessorisch klagen will.

Wir reihen diesen Bemerkungen noch einige Sätze über die Wirksamkeit des Besitzes im rechtlichen Sinne an.

Dieselbe ist, wie bereits oben bemerkt, eine beschränkte; — nicht durch jede Verletzung des Besitzes wird die Possessorienklage begründet, sondern nur durch die in den §§ 146–150. I. 7. des Allgem. Landrechts angegebenen Beeinträchtigungen. Weil die Possessorienklage sich nicht auf das Recht zum Besitze, sondern lediglich auf den Besitz an und für sich stützt, so mußte konsequenter Weise das Gesetz auch die Frage der Erörterung im Possessorien-Prozesse entziehen, ob der Beklagte

Digitized by Google

zu der vorgenommenen Handlung berechtigt sei. Deshalb bestimmt § 146. ausdrücklich, daß dem Entsetzten die Sache zurückgegeben werden soll, ohne Rücksicht auf ein besseres Recht dessen, der die Gewalt verübt hat; — eben dasselbe soll nach § 147. stattfinden, wenn der Beklagte heimlich, durch List oder bittweise die Sache an sich gebracht hat, und wenn (§ 150.) solchergestalt, durch Gewalt, heimlich oder mit List, der Kläger im Besitze gestört ist. Das Recht des Beklagten kann daher im Possessorien-Prozesse nie Gegenstand der Untersuchung sein.

Wenn aber das Recht des Beklagten zu der vorgenommenen Handlung nicht berücksichtigt werden soll, so konnte nicht jeder Eingriff in das faktische Verhältniß des Besitzers zur Sache, nicht jede Thätigkeit, welche mit dem physischen Vermögen des Besitzers, ausschließlich für sich über die Sache zu verfügen, nicht im Einklang steht, die Besitzklage begründen, vielmehr mußte das Gesetz gewisse Kategorieen von Handlungen aussondern, welche allein die Klage rechtfertigen sollten, und zwar solche, gegen welche selbst dann, wenn auch der Handlung des Beklagten ein Recht zu Grunde liegen möchte, doch wegen ihrer äußeren Beschaffenheit der Besitzer geschützt werden müßte. Als solche an sich verwerfliche Handlungen hat das Gesetz ganz angemessen Akte der Gewalt, Heimlichkeit, List und des Prekarii — letzteres jedoch aus leicht ersichtlichen Gründen nur bei der Besitzentsetzung — hingestellt, — nur eine solche Handlung, bei der es freilich in Bezug auf die Gewalt gleichgültig ist, ob sie an Sachen oder Personen verübt ist, ob sie als eine absolute oder kompulsive Gewalt erscheint (§§ 31. ff. I. 4. des Allg. Landrechts), soll die Possessorienklage rechtfertigen können. Nichts deutet an, daß man die Worte „Gewalt“ u. s. w. in den §§ 146. bis 150. in einem andern, als dem gewöhnlichen Sinne verstanden habe, vielmehr ergeben der Zusammenhang mit den vorhergehenden §§ 141. ff., nach welchen unter gewissen Voraussetzungen Gewalt mit Gewalt abgewehrt werden darf, und in welchen

Digitized by Google

offenbar das Wort „Gewalt“ eine wirkliche Gewalt bezeichnet, und der Inhalt der in der Zeitschrift a. a. O. S. 279—282. veröffentlichten Materialien, daß man den gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht hat verlassen wollen. Nichts läßt erkennen, daß man den Grundsatz des Römischen Rechts, nach welchem bei den Interdikten retinendae possessionis unter Gewalt jede wider den Willen des Besitzers unternommene Handlung verstanden wird (v. Savigny, S. 477.), generell habe adoptiren wollen, vielmehr sind die Bedingungen der auf die §§ 146. und 147. gegründeten Klage dessen, der seines Besitzes entsetzt ist, (abgesehen vom Prekarium), unverändert auf die eigentliche Besitzstörungsklage übertragen.

Zeitschr. S. 280. 281. 285. u. 371.

Deshalb sagt der § 150. a. a. O. ausdrücklich:

„Alle Rechte, welche demjenigen beigelegt sind, der seines Besitzes durch Gewalt, heimlich oder mit List entsetzt worden, kommen auch dem zu, welcher in seinem Besitze solchergestalt zur Ungebühr gestört wird“,

und eben deshalb kann nach § 161. a. a. O. gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechts weder durch Gewalt, noch heimlich oder bittweise überkommen hat, der vorige Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur insofern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitze nachzuweisen im Stande ist.

Zwar soll nach § 1. I. 31. der Allgem. Gerichts-Ordnung das Possessorium stattfinden, wenn Jemand im Besitze einer Sache oder eines Rechts „beunruhigt“ ist, und nach § 3. daselbst soll der Instruent seine Erkundigungen darauf richten, ob Kläger im ruhigen Besitz vom Beklagten „gestört“ ist. Nach § 44. I. 44. der Allgem. Gerichts-Ordnung soll, wenn der Pächter sich beschwert, daß er vom Verpächter eigenmächtig exmittirt sei, und auf seine Wiedereinsetzung anträgt, dies als eine Spoliensache betrachtet werden. Es läßt sich jedoch, da keineswegs, wie im § 14. I. 31., eine Abweichung klar vorliegt, nicht annehmen, daß hierdurch die Vorschriften der §§ 146. ff.

Digitized by Google

I. 7. des Allg. Landrechts über die materiellen Bedingungen der Possessorienklage hätten abgeändert werden sollen, indem der Zweck der Vorschriften der Allgem. Gerichts-Ordnung nur der war, das formelle Verfahren zu regeln. Deshalb konnten die §§ 1. 3. und 44. a. a. O. von einem bloßen „Beunruhigen“, „Stören“ und „eigenmächtigen Exmittiren“ reden und die Frage, durch welche Form eine die Klage rechtfertigende „Beunruhigung“ und „Störung“ bedingt sei, wie die „Eigenmacht“ näher beschaffen sein müsse, für im materiellen Recht genügend festgestellt erachten.

Hieraus ergiebt sich denn auch, worin der s. g. animus turbandi bestehen muß. Das Gesetz verlangt keine andere Absicht, als die, welche aus den §§ 146. ff. a. a. O. folgt. Es genügt mithin, wenn die Absicht auf eine mit dem faktischen, ausschließlichen Verhältnisse des Besitzers zur Sache nicht vereinbarliche Einwirkung gerichtet, und zur Erreichung dieser Absicht ein Akt der Gewalt, List oder Heimlichkeit, beziehungsweise des Prekarii vorgenommen ist. Eine anderweite Absicht, namentlich die, „sich selbst und für sich in den Besitz zu setzen, den Besitz des Gestörten sich anzueignen, oder die eigene Absicht des Störenden, den Besitz des Andern zu stören“, verlangt das Gesetz nirgends, weshalb, wie bereits oben erwähnt ist, der § 146. die Possessorienklage gegen den Inhaber sowohl als gegen den Besitzer zuläßt, und, worin wir mit Koch (Kommentar zu § 90.) der Minorität des Ober-Tribunals (Entscheidungen Bd. 18. S. 11. ff.) beipflichten müssen, in Uebereinstimmung mit den §§ 148. und 150. dieselbe gegen den Mandatar nicht weniger als gegen den Mandanten zulässig erscheint.

Wenn wir schließlich mit vorstehend entwickelten Prinzipien einige der in diesem Archive und in anderen Sammlungen abgedruckten einschlägigen Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes vergleichen, so können wir letztere nur theilweise als richtig anerkennen.

Digitized by Google

Mit vollem Recht wurde die Besitzstörungsklage des Gutsbesitzers gegen den Pfarrer, der über die Wiese des Klägers am Frohnleichnamsfeste eine Prozession geführt hatte, zurückgewiesen (Rechtsf., Bd. 3. S. 363.), da weder Gewalt, noch List, noch Heimlichkeit auch nur behauptet war.

Auch war andererseits die Entscheidung vom 3. Februar 1854 (Archiv, Bd. 12. S. 95.), welche die Besitzstörungsklage für begründet erklärte, weil der Pächter des Hofes den Verpächter mit Anwendung von Gewalt an dem Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes verhindert hatte, völlig gerechtfertigt; allein ebenso unbegründet war unsers Dafürhaltens die Besitzstörungsklage des Nießbrauchers gegen den Eigenthümer, welcher, um die abgebrannten Kolonatsgebäude wiederaufzubauen, das Bauholz auf den Hof fahren ließ (Archiv, Bd. 12. S. 21. ff.), indem jedenfalls keine Besitzstörung in der Form des § 150. a. a. O. vorlag, weshalb der Nichtigkeitsbeschwerde des verurtheilten Beklagten und Eigenthümers hätte Statt gegeben werden sollen.

Dagegen wurde mit Recht vom Ober-Tribunale der Einwand der beklagten Eisenbahn-Gesellschaft, daß der klagende Grundbesitzer die Inangriffnahme seines Grundstücks zum Bau der Eisenbahn wenn auch nur mündlich genehmigt habe, für erheblich erklärt, (Archiv, Bd. 18. S. 42. ff.) weil die Einwilligung, obschon sie nicht rechtsverbindlich erfolgt war, den Begriff der Gewalt, List u. s. w. ausschloß.

Eine Klage, eine Denunziation kann nie als ein Akt der Gewalt, der List, der Heimlichkeit angesehen werden, — weder die eine, noch die andere kann daher eine Besitzstörungsklage begründen. (Archiv, Bd. 17. S. 23. und 24.) Ebensowenig ist eine blos mündliche oder schriftliche Drohung, eine Besitzstörung vornehmen zu wollen, hierzu geeignet. Mit Recht hat daher das Ober-Tribunal die Klage des Bauergutsbesitzers (Archiv, Bd. 12. S. 164. ff.), dem die Benutzung eines Fahrweges mit der Drohung vom Beklagten verboten war, ihn mit jedem bespannten Wagen anzuhalten, zurückgewiesen.

Digitized by Google

Unbemerkt können wir jedoch nicht lassen, daß die Gründe dieser Entscheidung unseres Erachtens zu weit gehen, wenn sie aussprechen, daß das Bestreiten eines Rechts auch bei eventueller Drohung von Thätlichkeiten eine Possessorienklage niemals rechtfertigen könne, indem eine körperliche Gewalt nirgends erfordert wird, unter Umständen aber (§§ 33. und 34. I. 4. des Allg. Landrechts) die Drohung von Thätlichkeiten allerdings als ein Akt geistiger Gewalt erscheinen kann. Dagegen ist ebendaselbst richtig, und in Uebereinstimmung mit der Ausführung Bd. 10. S. 101. der Entscheidungen, angenommen, daß zur Turbation ein thatsächliches, irgendwie aktiv sich äußerndes Einschreiten, eine auf den äußern Zustand thätig einwirkende und ihn verändernde Handlung gehöre. Eben deshalb können wir uns aber auch mit der Entscheidung vom 28. September 1855 (Archiv, Bd. 18. S. 134.) nicht einverstanden erklären, — nachdem die Anlage der Sperrung des Weges auf Grund der ergangenen polizeilichen Anordnung durch ein rechtskräftiges Urtheil für keine Turbation erklärt war, konnte in der trotz der Wiederaufhebung jener polizeilichen Verfügung nicht beseitigten Sperrung eine Störung im Sinne des § 150. I. 7. des Allgem. Landrechts nicht gefunden werden, — die Unterlassung der Wegnahme der Sperre war etwas rein Passives.

Eine öffentliche Bekanntmachung kann ferner unter Umständen zwar nicht blos als eine positive Thätigkeit, sondern auch als eine Handlung erscheinen, durch welche einem Dritten in der freien Verfügung über ein von ihm besessenes Recht Schwierigkeiten bereitet werden; allein sie kann nie als eine Handlung der Gewalt, der List, der Heimlichkeit angesehen werden. Aus diesem Grunde könnten wir, abweichend von der Ausführung in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 31. Januar 1853 (Entscheidungen, Bd. 24. S. 392. ff.), die Besitzstörungsklage des Kaufmanns, — der sich im Rechte des Betriebes eines Oelfabrik- und Raffineriegeschäfts deshalb gestört glaubte, weil die von ihm geschehene Benachrichtigung seiner Geschäftsfreunde von der Ueber-

Digitized by Google

nahme des väterlichen Geschäfts von seinem Bruder öffentlich für unwahr erklärt war, — selbst dann nicht als begründet anerkennen, wenn auch das allgemeine Staatsbürger-Recht, ein Gewerbe zu betreiben, ungeachtet der §§ 5. 77–78. I. 7. des Allg. Landrechts als ein Recht angesehen werden könnte, bei welchem Besitz, Besitzergreifung und Besitzverlust rechtlich möglich wäre.

Der Grundbesitzer, über dessen Acker der Beklagte gefahren war (Archiv, Bd. 6. S. 295. ff.), hatte keine gesetzliche Veranlassung, die Besitzstörungsklage zu erheben; wir können daher die Zurückweisung seiner Nichtigkeitsbeschwerde nur billigen, — aber nicht, weil dem Beklagten die Absicht fehlte, sich den Besitz des Klägers anzueignen, da auch ohne eine solche Absicht eine Besitzstörung möglich war, sondern weil Beklagter weder Gewalt, noch List, noch Heimlichkeit angewandt, vielmehr den Kläger, unter dem Erbieten, Schadensersatz zu leisten, um Entschuldigung gebeten hatte.

Der Kirchenvorstand, welcher die Kirchenbank des Klägers gewaltsam hatte öffnen lassen, um deren Anstrich zu bewirken (Archiv, Bd. 4. S. 5. ff.), hatte freilich eine gewaltsame Handlung vornehmen lassen, allein eine Besitzstörung ebensowenig begangen, als der Eigenthümer des Gartens, der vom Miether mit der Besitzstörungsklage belangt wurde, weil er einige Bäume in den Garten hatte pflanzen, und die Vertiefungen um die Bäume nicht hatte ebnen lassen (Archiv, Band 18. S. 323.). Denn als unvollständiger Besitzer der Kirchenbank konnte Kläger nur gegen Dritte, nicht aber gegen den Eigenthümer wegen Besitzstörung klagen, weil der Eigenthümer als vollständiger Besitzer keine Besitzstörung begehen kann; als vollständiger Besitzer seines Nutzungsrechts konnte aber Kläger keine Klage erheben, weil der Besitz des Nutzungsrechts dem Kläger ungeschmälert geblieben, in diesen Besitz vom Beklagten nicht eingegriffen war. Daß jener Anstrich Folge einer allgemeinen Anordnung des Kirchenvorstands war, worauf in der Zusammenstellung No. 36d. anscheinend Gewicht gelegt wird, halten wir nicht für entscheidend.

Der Richter des Bd. 9. S. 217. ff. dieses Archivs mitgetheilten Rechtsfalles, welcher die Besitzstörungsklage zurückgewiesen hatte, weil eine Störung in der vom Gesetze qualifizirten Art nicht vorliege, indem jene weder heimlich, noch durch List oder Gewalt bewirkt sei, hatte unseres Erachtens richtig erkannt. Das Ober-Tribunal hat zwar diese Entscheidung gemißbilligt, indem es unter Anderm auf das in den Rechtsfällen Bd. 1. S. 177. ff. enthaltene Urtheil, nach welchem es bei bloßen Störungen im Besitze nicht auf die Form derselben, sondern nur darauf ankommen soll, daß sie zur Ungebühr erfolgt seien, verweist und im Anschlusse an die Bd. 10. S. 101. der Entscheidungen befindliche Ausführung hinzufügt, daß unter Gewalt (vis) nicht nur eine physische Gewalthandlung im eigentlichen Sinne, sondern jeder eigenmächtige, unbefugte Eingriff zu verstehen sei. Allein Gewalt und Eigenmacht sind wesentlich verschiedene Begriffe, — die Gewalt wird durch den Mangel der Befugniß ebensowenig herbeigeführt, als deren Existenz sie ausschließt. Auf den Römischen Begriff der »vis« darf aber, wie Thöne, a. a. O. S. 414., richtig bemerkt, nicht zurückgegangen werden, weil deren bald engere, bald weitere Bedeutung auf ausdrücklichen Vorschriften beruht, welche in Beziehung auf unsere „Gewalt" fehlen.

Noch weiter geht das im Archiv Bd. 1. S. 346–349. abgedruckte Urtheil, nach welchem in jeder freiwilligen Disposition, welche sich ein Anderer ohne Erlaubniß des Besitzers, also zur Ungebühr, anmaßt, sich eine Störung des Besitzes offenbaren soll. Bei einer solchen Ausdehnung des Begriffs der besitzstörenden Handlungen ist die Frage nach dem Rechte des Beklagten nicht zu umgehen, damit aber auch ein Ueberschreiten der Grenzen des Possessorii nicht zu vermeiden.

Das in den Entscheidungen Bd. 25. S. 1. ff. abgedruckte Urtheil erkennt an, daß der aus dem Rechte, im Gegensatze zum Besitze, entnommene Gesichtspunkt im Allgemeinen für den Possessorien-Prozeß nicht maaßgebend sei; es soll indessen, wenn die

Digitized by Google

Frage entsteht, ob die Handlung, welche als besitzstörende bezeichnet wird, den Charakter einer Turbation darum nicht an sich trage, weil sie als Ausfluß eines Rechts sich darstelle, auch im Possessorien-Prozesse das Recht zur Vornahme jener Handlung der Beurtheilung unterworfen werden müssen. Aus diesem Grunde ist denn auch die Nichtigkeitsbeschwerde der vom ersten Richter in Folge der vom Kirchenvorstande erhobenen Besitzstörungsklage aus dem Grunde verurtheilten Beklagten, weil die Frage nach dem Rechte zur ausschließlichen Benutzung des von ihr verschlossenen Beichtstuhls im Possessorien-Prozeß nicht erörtert werden könne, vom Ober-Tribunale für erheblich erachtet. (Archiv f. Rechtsf., Bd. 11. S. 176. ff.) Allein wenn das Recht zur Vornahme der Handlungen untersucht werden soll, durch welche der Kläger seines Besitzes entsetzt, oder in demselben gestört zu sein behauptet, so muß nothwendigerweise auch das Recht zum Besitze Gegenstand der Erörterung sein, da ohne letzteres das Recht zur Vornahme jener Handlungen nicht beurtheilt werden kann. Wenn daher der Verfasser der erwähnten Zusammenstellung bei Mittheilung des jenem Urtheile (Bd. 25. Seite 1. ff. der Entscheid.) entlehnten Rechtsatzes unter No. 37. bemerkt, es verstehe sich von selbst, daß die Behauptungen des Beklagten nicht aus dem Rechte zum Besitze hergenommen sein dürften, weil das Recht zum Besitze dem Besitzstande gegenüber im Possessorien-Prozesse nicht in Betracht komme, so wird unseres Erachtens damit die Unrichtigkeit des aufgestellten Rechtssatzes eingeräumt, indem letzterer mit jener Bemerkung uns nicht vereinbarlich zu sein scheint.

In dem Urtheile vom 29. Juni 1855 (Archiv für Rechtsfälle, Bd. 17. S. 312–316.) wird zwar die Ausführung in dem fraglichen Erkenntnisse dahin aufgefaßt, es werde dabei vorausgesetzt, daß die wider die Turbation aufgestellten Behauptungen aus dem Rechte des Besitzes entnommen seien, und diese Deutung auch jener Bemerkung in der Zusammenstellung No. 37. gegeben. Allein das Recht des Besitzes ist, wie oben

Digitized by Google

ausgeführt, nur negativer Art, giebt, abgesehen von der Selbsthülfe (§§ 142. und 143.), kein Recht zur Vornahme einer Handlung, sondern schützt den Besitzer nur gegen gewisse Eingriffe in seinen Besitz.

Am Schlusse jenes Urtheils (S. 3. Bd. 25. der Entscheid.) wird unter Bezugnahme auf das Justiz-Ministerial-Blatt, Jahrgang 13. S. 383. und 384., noch bemerkt, daß der Possessorien-Prozeß nicht geeignet sei, die Grenzen der Befugnisse festzustellen, welche einerseits dem Eigenthümer, andererseits dem Servitut-Berechtigten zuständen. Diese Bemerkung hat ihre unverkennbare Richtigkeit, jedoch nur deshalb, weil, abgesehen von der Behauptung des Beklagten, der Besitz des Klägers sei auf unredliche Weise erworben, (siehe oben) das Recht zum Besitze überhaupt nicht Gegenstand der Erörterung im Possessorien-Prozesse sein kann. Dürfte dagegen das vom Beklagten geltend gemachte Recht zur Vornahme seiner Handlungen der Untersuchung im Possessorien-Prozesse unterzogen werden, so würde jener Satz nicht im Stande sein, eine Entscheidung herbeizuführen, indem die Folgerung, weil die Grenze der Befugnisse zwischen dem Eigenthümer und Servitut-Berechtigten im Possessorien-Prozesse nicht festgestellt werden kann, so ist die Handlung für eine rechtmäßige zu erachten, eine ebenso berechtigte sein würde, als die entgegengesetzte. Hält man jedoch fest, daß nach den §§ 146–150. nur die in diesen Gesetzesstellen näher bezeichneten Akte die Possessorienklage rechtfertigen, in deren Ermangelung aber nach den §§ 161. ff. nur petitorisch geklagt werden kann, so werden nicht blos die oben erörterten Schwierigkeiten verschwinden, sondern auch die Besitzstörungsklagen, über deren Mißbrauch bereits Thöne (414. a. a. O.) klagt, sich erheblich vermindern.

Strohn.

Digitized by Google

Sach-Register.

A.

B.

1. Beschränkung der Regel der Ausschließlichkeit des Rechts des Bergbauenden auf edle regale Metalle. —
   Der § 170. II. 16. des Allg. Landrechts über die Beleihung des Finders oder Muthers beim Bergbau bezieht sich lediglich auf edle regale Fossilien, und findet auch eine analoge Anwendung desselben auf nicht regale Fossilien und deren Förderung, z. B. auf Eisensteine in Schlesien, nicht statt. **72.** 303.
2. Blinde Muthung; Bezeichnung des Fundorts in dem Muthzettel nach der Kleve-Märkischen Berg-Ordnung. —
   a. Die Muthung ist nur dann eine blinde, wenn der Ort des Fundes und das gefundene Material gar nicht angegeben sind.
   b. Das in der Kleve-Märkischen Berg-Ordnung vom 29. April 1766 vorgeschriebene Formular eines Muthzettels ergiebt nicht, daß der Fundort darin nothwendig so genau bezeichnet sein müsse, um ihn darnach ohne weitere Ermittelung auffinden zu können, vielmehr deuten die in dem Formulare enthaltenen Worte: „am Berge, in der Heide, im Amte, im Gerichte“, nur auf eine ungefähre Bezeichnung hin. **33.** 149.

   Siehe auch Bergbeamte; Besitzstörung (1).

Bergbeamte, Erwerb von Bergwerks-Eigenthum seitens der Bergbeamten, deren Ehefrauen und Kinder. —
Bergbeamten, deren Ehefrauen und unter ihrer väterlichen Gewalt befindlichen Kindern ist die Erwerbung von Bergwerks-Eigenthum und Antheilen an Muthungen untersagt; die entge-

Digitized by Google

Digitized by Google

C.

D.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

F.

G.

H.

Digitized by Google

J.

Digitized by Google

K.

Kaufvertrag:

1. Perfektion eines Kaufvertrages über bei einer Fabrik bestellte Waaren; Eigenthum und Gefahr der bestellten Waaren bei einem Seetransport. Englisches Recht. —

a. Die bei einer Fabrik erfolgte und angenommene Bestellung von Waaren einer gewissen nach Fabrikpreisen verkäuflichen Sorte enthält einen Kaufvertrag, wenngleich weder diese Waaren zur Zeit der Bestellung auf dem Lager vorräthig und daher noch anzufertigen waren, noch eine besondere Vereinbarung hinsichtlich des Preises stattgehabt hat.

b. Zur Perfektion gelangt dieser Kaufvertrag durch die Ausführung der Bestellung — zumal bei einem schon bestehenden Verkehre der Parteien, ohne daß eine besondere Erklärung des Fabrikbesitzers über die Annahme der Bestellung vor deren Ausführung erforderlich ist. Daher entscheidet über den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages weder das Datum noch der Tag des Zugangs des Benachrichtigungs-Schreibens über die Absendung der Waaren.

c. Die Uebergabe der bei einer überseeischen Fabrik bestellten Waaren an den Besteller ist durch deren behufs der Verschiffung erfolgte Hingabe zum Landtransport für bewirkt zu erachten, und geht daher mit diesem Zeitpunkt Eigenthum und Gefahr auf den Besteller über. — Der Fabrikbesitzer ist ohne Auftrag die abzusendenden Waaren zu versichern nicht verpflichtet.

d. Nach Englischem Rechte geht bei einer auf Kredit gekauften Waare schon vor der Uebergabe, sobald nur seitens des Verkäufers und zwischen ihm und dem Käufer Nichts zu thun übrig bleibt, Eigenthum und Gefahr der Waaren auf den letzteren über. **69.** 280. 281.

2. Uebergabe der durch einen der Form nach ungültigen Vertrag verkauften Sache. —

Die §§ 128-130. I. 11. des Allgem. Landrechts setzen einen rechtsgültig abgeschlossenen Kaufvertrag voraus. Daher wird bei einem blos mündlich abgeschlossenen Vertrage, welcher aber nach seinem Gegenstande die schriftliche Form erforderte, dadurch, daß die verkaufte Sache dem Fuhrmann oder Schiffer überliefert worden, die Uebergabe nicht bewirkt, und es geht eben deshalb Eigenthum und Gefahr dadurch nicht auf den Käufer über. Es ist mithin in einem solchen Falle nicht zu behaupten, daß der Käufer die Erfüllung des mündlich abgeschlossenen Vertrages angenommen habe. **2.** 7.

3. Uebernahme einer Hypothekenschuld in Abrechnung auf das Kaufgeld. —

a. Hinsichtlich der beiden Erfüllungsarten der dem Käufer des Grundstücks gegen den Verkäufer entstandenen persönlichen Verpflichtung, entweder die in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommenen hypothekarischen Schulden zu zahlen oder die Befreiung des Verkäufers von seiner persönlichen Verbindlichkeit gegen die betreffenden Hypothekengläubiger zu bewirken, — steht die Wahl nicht dem Verkäufer, sondern dem Käufer zu.

b. Der Käufer, welchem bei Abschluß des Kaufvertrages bekannt war, daß die von ihm als Selbstschuldner übernommene Hypothekenschuld auch auf ein anderes Grundstück des Verkäufers eingetragen worden, ist auch die Löschung dieser anderweiten Hypo-

Digitized by Google

L.

M.

Digitized by Google

Minden:

1. Erbrecht abgeschichteter Kinder nach der Minden-Ravensbergischen und Paderborner ehelichen Gütergemeinschaft, — Tottheilung; Anfechtung eines Schichtungsvertrages wegen Irrthums. —

a. Nach dem Institut der Minden-Ravensbergischen und Paderborner Gütergemeinschaft erhält das von dem Schichtgeber besessene ehemals eigenbehörige, dem Heimfall noch unterworfen gewesene Kolonat dadurch, daß er es bei der Auseinandersetzung mit den Kindern erster Ehe mit zur Theilung gebracht und denselben die Hälfte des Werthes zugetheilt hat, die Natur eines in die neue gütergemeinschaftliche Ehe übergegangenen, dem Anerben resp. dem Erbrechte des abgeschichteten Sohnes nicht weiter unterworfenen Vermögens-Bestandtheils des Schichtgebers.

b. Ein solcher Schicht- und Theilungs-Vertrag kann auch nach dem Tode des Schichtgebers von dem zur dereinstigen Nachfolge in das Kolonat gesetzlich berechtigt gewesenen Anerben erster Ehe mit der Behauptung, daß die Kontrahenten das Anerbenrecht irrthümlich für gesetzlich aufgehoben erachtet hätten, nicht angefochten werden. **1. 1. 2.**

2. Verhaftung der abgeschichteten Kinder für die von dem Schichtgeber übernommenen Schulden nach der Minden-Ravensbergischen Gütergemeinschaft. —

Nach dem Systeme der Minden-Ravensbergischen Gütergemeinschaft erhalten die abgeschichteten Kinder ihre Antheile nicht als Gläubiger, sondern als Erben, und sind dieselben daher für die von dem Schichtgeber übernommenen Schulden der bestandenen Ehe nach Verhältniß ihrer empfangenen Antheile, **oder, wenn die Schichtung nicht in Zeiten den Gläubigern bekannt gemacht ist, mit diesen ganzen Antheilen den Gläubigern verhaftet. 5. 14.**

Mißhandlung. Anbringung des Sühneversuchs wegen leichter Mißhandlungen bei einem inkompetenten Schiedsmann. —

Die Anbringung des Sühneversuchs wegen leichter Mißhandlungen bei einem inkompetenten Schiedsmanne unterbricht den Lauf der Verjährung der Privatklage nicht. **57. 236.**

Siehe auch Verjährung.

Münster. Fortdauernde Gültigkeit der Fürstlich Münsterischen Wegebau-Edikte. —

a. Die vor Einführung der Französischen Gesetzgebung in dem zum ehemaligen Lippe-Departement gehörig gewesenen Theile der Provinz Westphalen in Betreff der Wegebaulast bestandenen Provinzialgesetze sind, — insofern während der Fremdherrschaft hinsichtlich einzelner Straßen eine besondere Regulirung der Wegebaupflicht zwischen dem Staate und seinen Unterthanen nicht stattgehabt hat, — für nicht aufgehoben zu erachten.

b. Das Münsterische Wegebesserungs-Edikt vom 5. Juni 1765, soweit sich dasselbe über die Mittel und Materialien zum Bau und zur Besserung der Straßen und Wege verbreitet und Anleitung zu deren zweckmäßigster Anwendung giebt, hat nur den Charakter einer polizeilichen Anordnung, welche die Polizeibehörde nicht hindert, andere und zweckmäßige Mittel und Materialien zur Anwendung zu bringen, resp. vorzuschreiben. Die Baupflichtigen können daher aus diesem Edikte kein Recht herleiten, in Erfüllung ihrer Verpflichtung gerade nur die dort vorgeschriebenen Mittel und Maaßregeln anwenden zu dürfen. **27. 119. 120.**

Digitized by Google

N.

Nichtigkeitsbeschwerde, Begründung derselben wegen Verletzung von Rechtsgrundsätzen. —

Die auf Verletzung des Rechtsgrundsatzes: daß über die Benutzung des Bürgersteiges lediglich die Polizeibehörde mit Ausschluß des Rechtsweges zu verfügen habe, gestützte Nichtigkeitsbeschwerde entbehrt der thatsächlichen Voraussetzung, wenn der Richter, ungeachtet der hieraus entnommenen, der Klage wegen Störung des Besitzes eines zum Bürgersteige gehörenden Platzes von dem Verklagten entgegengesetzten Einrede, den Verklagten verurtheilt, dabei aber die Frage: ob der Platz zum Bürgersteige gehöre, unentschieden gelassen hat. **39. 167.**

Siehe auch Eidesdelation (1); Injurienprozeß (2).

Nützliche Verwendung, Anspruch aus der nützlichen Verwendung. —

Der allgemeine Grundsatz, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern soll, findet auch da seine Anwendung, wo Jemand ohne die Absicht, ein Rückforderungs- oder Vergütungsrecht erwerben zu wollen, und selbst in der Meinung, nur einer eigenen Verpflichtung zu genügen, ohne wirklichen Rechtsgrund und ohne die Absicht der Freigebigkeit Etwas in den Nutzen des Andern verwendet hat. **25. 114.**

O.

P.

Patrimonial-Gerichtsbarkeit. Verhaftung des Gerichtsherrn aus Verträgen des Gerichtshalters mit dritten Personen. Nichtsolidarische Verhaftung mehrerer Gerichtsherren, wenn der Gerichtshalter für die sämmtlichen von ihm respizirten Patrimonial-Gerichte kontrahirt hat. —

a. Der Gerichtsherr war, so lange die Patrimonial-Gerichtsbarkeit bestand, verpflichtet, für eigene Kriminal-Gefängnisse zu sorgen. Ohne seinen besonderen Auftrag war aber der Gerichtshalter nicht befugt, mit anderen Gerichtsherren Miethsverträge über Gefängnisse einzugehen.

b. Mehrere Gerichtsherren, denen die Gerichtsbarkeit über ein Gut in verschiedenen Distrikten zustand, waren nicht solidarisch verpflichtet, die zu verhaftenden Einsassen aus den verschiedenen Distrikten in Gefängnissen unterzubringen.

c. Verwaltete der nämliche Gerichtshalter die Gerichtsbarkeit über die verschiedenen Distrikte, so obligirte der Gerichtshalter durch Verträge die Gerichtsherren dennoch nicht solidarisch. **61. 250. 251.**

Pfandrecht:

1. an dem Antheile einer Hypothekenforderung. —

Zur gültigen Bestellung eines Pfandrechts an dem Antheile einer Hypothekenforderung ist die Anfertigung eines Antheils-Dokuments und

Digitized by Google

Digitized by Google

Q.

R.

Digitized by Google

Digitized by Google

W.

Digitized by Google

Z.

Quellen-Register.

Allgemeines Landrecht.

Publikations-Patent vom 5. Februar 1794.

Einleitung.

Theil I.

Digitized by Google

Digitized by Google

Provinzialrecht für Neu-Vorpommern und Rügen.

Duisburger alte Stadtkör. (Sammlung von 1662.)

Revidirter Entwurf des Provinzialrechts des Herzogthums Cleve ostseits des Rheins.

Code Napoléon.

Code de commerce.

Corpus juris civilis.

1. Institutiones.

2. Digesta.

2. Codex.

4. Novellae.

Corpus juris canonici.

1. Libri extra Decretum Gratiani.

2. Clementinae.

Digitized by Google

Einzelne Gesetze, Verordnungen und Rechtsbestimmungen.

Digitized by Google

Berichtigungen.

Seite 4 Zeile 6 von oben statt des Gesetzes lies: der Gesetze.
„ 48 „ 15 von unten statt erlassenden lies: erlassende.
„ 72 „ 5 von oben und 9 von unten statt alimendis lies: alendis.
„ 90 „ 11 von oben statt I. und statt 99. lies: II. und 79.
„ 186 „ 8 von unten statt I. lies: II.
„ 206 „ 13 von unten statt § 68. lies: §§ 6. und 8.
„ 254 „ 8 von oben statt dem lies: den.
„ 267 „ 12 von oben statt beschränke lies: beschränkte.
„ 317 „ 13 von oben statt 6. lies: 60.

Eduard Haenel's Buchdruckerei in Berlin.

Digitized by Google